

EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Un estudio con especial referencia al Ecuador

María Teresa Pareja Rosales de Conrad

EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Un estudio con especial referencia al Ecuador



Konrad
Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho
para Sudamérica

© 2004 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943/-3974
Fax: (#598-2) 906 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Editor Responsable

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctora

María Cristina Dutto

Impreso en Deeme Producciones Gráficas

Depósito legal 334992/04 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 9974-7868-3-5

Impreso en Uruguay - Printed in Uruguay

Esta publicación se distribuye exclusivamente en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de su autora y no expresa necesariamente el pensamiento del editor. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

Índice general

Agradecimientos	11
Lista de abreviaturas y siglas	13
Introducción	15

Capítulo I

¿Qué es la Defensoría del Pueblo?	19
1. Definición, origen e historia	21
1.1. Desarrollo histórico y filosófico de la idea del Ombudsman	21
1.2. Desarrollo sociológico y político de la sociedad civil y el Estado	23
2. La propuesta de solución: el Ombudsman	34

Capítulo II

Antecedentes históricos del Defensor del Pueblo en el derecho comparado	37
1. Derecho comparado. Leyes de los reinos de Indias	39
1.1. El Protector de los Naturales	40
1.2. El Funcionamiento del Protectorado	40
1.3. Características, funciones, elección y destitución del Protector	42
1.4. Procedimiento que se seguía en un juicio de indios	43
2. Naturaleza y evolución en Europa	45
2.1. Países escandinavos	45
2.1.1. Suecia	45
2.1.2. Finlandia	55
2.1.3. Dinamarca	57
2.1.4. Noruega	60
2.2. Resto de países de Europa y su difusión por el mundo	62
2.2.1. Inglaterra	62
2.2.2. Francia	67
2.2.3. Alemania	72
3. Expansión de la doctrina	78
4. El Defensor del Pueblo español	80
5. Evolución posterior	86

6. El Defensor del Pueblo en América	91
6.1. México	95
6.2. Guatemala	99
6.3. Belice	100
6.4. El Salvador	101
6.5. Honduras	101
6.6. Nicaragua	102
6.7. Costa Rica	102
6.8. Panamá	104
6.9. República Dominicana	106
6.10. Haití	106
6.11. Cuba	106
6.12. Venezuela	106
6.13. Colombia	107
6.14. Brasil	108
6.15. Perú	110
6.16. Bolivia	111
6.17. Chile	112
6.18. Paraguay	114
6.19. Uruguay	114
6.20. Argentina	114

Capítulo III

Los Ombudsman sectoriales y/o especiales	119
1. El Ombudsman de Asuntos Civiles en Alemania	122
2. El Ombudsman de los Extranjeros en Alemania	124
3. El Ombudsman Militar en Alemania	127
4. El Ombudsman para la Protección de Datos en Alemania	129
5. El Ombudsman del Consumidor	135
6. El Ombudsman de las Compañías de Seguros en el Reino Unido	143
7. El Ombudsman de los Bancos	147
8. El Ombudsman de las <i>building societies</i> en el Reino Unido	151
9. El Ombudsman de las Universidades en Irvine (California)	154
10. El Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid	155

Capítulo IV

Organizaciones internacionales	159
1. The International Bar Association Ombudsman Forum (IBA)	161
2. International Ombudsman Steering Committee	162
3. The International Ombudsman Institute	162
4. The United States Association of Ombudsmen (USAO)	163
5. European Ombudsman Institute (EOI) - Europäisches Ombudsmann Institut	166
6. Centre for the Ombudsman Studies	168
7. Association of Canadian College and University Ombudsmen (ACCUO-AOUCC)	169

8. British and Irish Ombudsman Association	171
9. Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos	175
10. Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo	179

Capítulo V

La Defensoría del Pueblo en el Ecuador	183
1. Antecedentes	185
2. Necesidad de su creación	190
3. El Estado ecuatoriano, Constituciones y gobernabilidad	200
4. Iniciativas del proyecto y reformas a la Constitución Política de la República de 1996	210
5. Propuestas de Ley Orgánica	212
6. El Defensor del Pueblo en el Congreso Nacional	217

Capítulo VI

Características jurídicas del Defensor del Pueblo ecuatoriano en el derecho comparado	225
1. Naturaleza jurídica	227
1.1. La Auctoritas	227
1.2. Consagración en la Constitución	230
1.3. La organización	232
1.3.1. Nombramiento	232
1.3.2. Requisitos	233
1.3.3. Suplentes y comisionados	234
1.3.4. Plazo de desempeño del cargo	235
2. Facultades del Defensor del Pueblo	236
2.1. Acceso directo con el ciudadano	237
2.1.1. Procedimientos sumarios e informales	238
2.1.2. Gratuidad del servicio	239
2.2. Investigación y colaboración	239
2.2.1. Inspecciones sucesivas	241
2.2.2. Noticias de prensa y otras fuentes de información	243
2.2.3. Interpretación de la ley	243
2.2.4. Opinión y sugerencias prelegislativas	246
2.3. Procedimiento	248
2.3.1. Interposición del reclamo	248
2.3.2. Contenido de la queja	253
2.3.3. Requisitos	254
2.3.4. Plazo de caducidad	255
2.3.5. Otras medidas a adoptar	256
2.4. Inmunidad e independencia	257
2.4.1. Autonomía	258
2.4.2. Emisión de informes a la función legislativa	259

2.5. Difusión y educación	260
2.5.1. Publicidad del cargo, actividades y promoción	261
2.5.2. Mentalización de los ciudadanos	262
Capítulo VII	
Relación de la Defensoría del Pueblo con otros organismos estatales	265
1. Relación con la Administración Pública en general	267
2. Relación con el Poder Ejecutivo	270
3. Relación con el Poder Legislativo	271
4. Relación con el Poder Judicial	272
5. Relación con el Tribunal Constitucional	277
6. Relación con otros organismos de control	281
7. Otras funciones de la Defensoría del Pueblo	284
7.1 Facultad para interponer recursos	284
7.2 El recurso de amparo	285
7.3 El recurso de hábeas corpus	287
7.4 El recurso de hábeas data	289
Conclusiones	291
Bibliografía	299
Apéndices	311

Agradecimientos

Este libro va dedicado a todos quienes en forma no demagógica utilizan la palabra *pueblo* como sinónimo de bienestar, equidad, justicia, democracia y libertad. Para todos quienes se sienten comprometidos en la lucha por un futuro digno generalizado para toda la humanidad. Para todos quienes aspiran a un porvenir seguro como producto del trabajo y del manejo adecuado de la naturaleza y de sus bienes. Para quienes creen que es posible cultivar y educar la conciencia bajo estos parámetros y no encaminarlas por la senda destructiva del oportunismo y la corrupción.

Mi particular agradecimiento al gran número de personas que directa e indirectamente contribuyeron para apoyar mi iniciativa y mantener la esperanza de concretar en una labor académica una propuesta que, bien encauzada, pretende ser una alternativa válida para confrontar la problemática de la estructura social e institucional, sobre todo en aquellos países categorizados como “en vías de desarrollo”.

La realización de este trabajo se hizo posible gracias al interés y los aportes de distinta índole de varios colegas, profesores, colaboradores y amigos que compartieron las mismas inquietudes. Sobre todo, agradezco a las varias instituciones de Ombudsman y Defensores que amablemente me proporcionaron el material bibliográfico que acompañó este trabajo. Un especial agradecimiento debo sobre todo a Visitación Molina, de la Defensoría del Pueblo de España, por su infatigable cooperación.

Por supuesto, la tarea no se habría concretado sin la ayuda académica excepcional brindada por mi director de tesis doctoral en la UNED, el Dr. Antonio Torres del Moral, así como del tribunal de honorables miembros que le dieron lectura, los catedráticos Dr. Antonio Rovira Viñas, Dr. Juan Manuel Going Martínez, Dra. Antonia Navas Castillo, Dr. Lucrecio Rebollo Delgado y Dra. Matilde Guerrero Roig.

Muy cordialmente agradezco también los comentarios vertidos durante los estudios de maestría por el Prof. Dr. jur Ulrich Karpen, catedrático de la Universidad de Hamburgo, director del Programa de Investigación Cultural y Constitucionalismo.

Me corresponde también agradecer en forma especial a la Fundación Konrad Adenauer, a los responsables del Programa Estado de Derecho para Sudamérica, por haber acogido este trabajo en la colección de publicaciones del Programa.

Un agradecimiento personal va dirigido a mis padres y hermanos, a la familia ampliada, por su esfuerzo conjunto, su confianza, apoyo y estímulo en todas mis actividades. A mi esposo, por su estima e incentivo para culminar con esta obra.

Lista de abreviaturas y siglas

ABA	<i>American Bar Association</i>
ABI	Asociación de Aseguradoras de Inglaterra
AGD	Agencia de Garantía de Depósitos
AID	Agency for International Development
BCE	Banco Central del Ecuador
BDSG	<i>Bundesdatenschutzgesetz</i> (Ley Federal de Protección de Datos)
BfD	<i>Bundesbeauftragter für den Datenschutz</i> (Comisionado Federal para la Protección de Datos)
CC	Código Civil Ecuatoriano
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CDHDF	Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
COICE	Confederación de Organizaciones Indígenas de la Costa
CFP	Concentración de Fuerzas Populares
CONAIE	Confederación Nacional de Indígenas del Ecuador
CONFENIAE	Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código de Procedimiento Penal
CP	Código Penal
CPE	Constitución Política del Ecuador
CSJ	Corte Suprema de Justicia
ECUARUNARI	Ecuador Richarimui (Indígenas de la Sierra)
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
FRA	Frente Radical Alfarista
FEINE	Federación Nacional de Indígenas Evangélicos
IESS	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
IFES	<i>International Foundation for Electoral Systems</i>
ID	Izquierda Democrática

IBA	<i>International Bar Association</i>
INEC	Instituto Nacional de Estadísticas y Censos
IOB	<i>Insurance Ombudsman Bureau</i> (Ombudsman de los Seguros de Inglaterra)
LCC	Ley de Control Constitucional
LDC	Ley de Defensa del Consumidor
LCCCC	Ley de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción
LOCNJ	Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura
LODP	Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo
LOFJ	Ley Orgánica de la Función Judicial
MPD	Movimiento Popular Democrático
NED	<i>National Endowment for Democracy</i>
OSIDI	Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional
PLR	Partido Liberal Radical
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PRE	Partido Roldosista Ecuatoriano
PSE	Partido Socialista Ecuatoriano
PSC	Partido Social Cristiano
RO	Registro Oficial
SENDA	Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo
TGC	Tribunal de Garantías Constitucionales
TSE	Tribunal Supremo Electoral
WB	<i>Wehrbeauftragter des Deutschen Bundestages</i> (Ombudsman Militar de la República Federal Alemana)

Introducción

El desarrollo histórico, sociológico, filosófico y político de las ideas, la sociedad, el Estado y la democracia muestra que nos encontramos ante un momento histórico de grandes transformaciones. Las mutaciones acontecidas han dado lugar a procesos acelerados de cambio en las estructuras de los sistemas sociales. Pese a la presencia generalizada del fenómeno de la globalización y de la internacionalización de los mercados, las mencionadas transformaciones se presentan con distintas modalidades en los diferentes países y sistemas. Efectivamente, el requisito para que este fenómeno encuentre cabida en todas las latitudes del planeta sigue siendo la democratización de la sociedad. Esta transformación *fundamental* se vuelve sin embargo contradictoria cuando se impone, ya que no logra sentar bases necesarias, ni desarrollar los elementos indispensables para lograr su consolidación.

La experiencia, sobre todo de los países “tercermundistas”, los recientemente incorporados al sistema capitalista y aquellos en proceso de “consolidar” otras formas de gobierno, nos ha ido demostrando que no basta con implementar una constitución moderna y abierta o medidas macroeconómicas de desregulación, liberalización, estabilización y ajuste estructural, sino que es necesario fomentar reformas estructurales en la sociedad, tanto en el componente humano como en las instituciones que la conforman, y sobre todo en las formas y medidas de control y concientización que se adopten.

Un afán generalizado de los países, tanto desarrollados como de aquellos en vías de desarrollo, ha sido tratar de encontrar una especie de “antídoto” a la serie de males que aquejan al mundo contemporáneo, a sus instituciones, a la gobernabilidad, a la tecnocracia y la burocracia, al atropello de los derechos; a la corrupción, a la criminalidad, a las injusticias y desigualdades sociales; en definitiva, al descontento y desconcierto ciudadano debido a la

impotencia que siente por la falta de medios de participación y protagonismo en su futuro y en el destino político de las naciones.

Los intentos por tratar de fortalecer los derechos de los gobernados han sido múltiples: el constitucionalismo, el imperio de la ley, el control judicial, el control administrativo, los gobiernos comunales, la reducción del Estado, la privatización, etc. Todos nos muestran las limitaciones que tiene el ciudadano común, en especial cuando se trata de reclamar sus derechos a las autoridades. En los gobiernos contemporáneos, los procedimientos formales para reclamar sobre casos de abuso del poder, decisiones administrativas, faltas a los derechos constitucionales o simple maltrato de las autoridades son complicados; sin embargo, una alternativa que se ha difundido positivamente en el ámbito mundial es la que brinda la institución del Ombudsman, Defensor o Comisionado, quien a pesar de no ser un órgano de control tradicional ni de tipo judicialista, se ha adaptado a los diferentes sistemas de gobierno y a sus diversas condiciones.

La doble función que caracteriza a esta figura es la que ha propiciado su reaparición; por un lado, refuerza el control, mientras que por otro, procura el bienestar ciudadano. Su adopción fue ampliamente debatida por intelectuales, constitucionalistas, políticos y la sociedad en general, porque no se limitaba a copiar los modelos seguidos por otros países, sino que ponía a prueba las experiencias adquiridas en otras latitudes y, luego de un análisis previo, adoptaba lo positivo y lo aplicable de acuerdo con las exigencias de cada sociedad.

Para los sistemas democráticos “en vías de consolidación”, su aporte ha sido fundamental, ya que una de las tareas más importantes que imparte a través de su gestión es la concientización y educación de la sociedad civil sobre los derechos y deberes ciudadanos, para que ésta tome parte activa en los procesos sociales y, a través del aprendizaje, llegue a concretar sus necesidades e implementar el marco institucional adecuado. Este proceso, que abarca aspectos socioeconómicos y políticos, conduce a su vez a conceptualizar el derecho como un avance dialéctico y continuo en el cual los diferentes actores no pueden perder de vista su protagonismo, ni tampoco la medida exacta de su función dentro de la sociedad.

El presente trabajo se estructura de la siguiente forma:

El capítulo I ofrece una visión general del origen del Ombudsman, el desarrollo sociológico y político de las ideas, de la sociedad civil y del Estado. El análisis de la burocracia y de la tecnocracia, de la sociedad organizacional, de la complejidad estatal, de la difuminación de sus límites, permiten comprender genéricamente y con mayor detenimiento los factores institucionales del desarrollo económico, la estructura social, la falta de participación política de ciertos grupos, así como evaluar el tema de la corrupción y concretar la propuesta de solución del Ombudsman como un medio idóneo de control, mediación, arbitraje, conciliación y procuraduría.

El capítulo II recoge los antecedentes históricos y el desarrollo de la figura a lo largo de las diversas épocas, sistemas de gobierno y países. Un ensayo a través del derecho comparado lleva a conocer las características y las especificidades que esta figura va adquiriendo con el tiempo, hasta llegar a nuestro continente.

El capítulo III brinda una amplia información de la clasificación o la variedad con la cual se desarrolla la figura del Ombudsman o Defensor, atendiendo a las necesidades específicas sobre todo en ciertas áreas consideradas de riesgo social.

El capítulo IV describe los organismos internacionales de tipo académico, científico o federativo que acogen a las diferentes instituciones de Ombudsman, Defensores o Procuradores, cuyo fin es propagar su adopción, su doctrina y aunar experiencias y esfuerzos para la consecución de sus metas.

En el capítulo V se exponen los antecedentes de la Defensoría del Pueblo en el Ecuador. Brevemente se relatan las características más sobresalientes de la historia constitucional, así como de los sistemas económicos y de la cultura política. En especial hemos hecho mención a las falencias de las estructuras, la precaria división de los poderes, las conductas antidemocráticas, la falta de gobernabilidad, los movimientos sociales y el surgimiento de nuevos actores en la escena política. Asimismo, hemos relatado el proceso legislativo que siguió la Ley de la Defensoría del Pueblo, las diferentes propuestas que se presentaron y discutieron en el Congreso Nacional hasta llegar a su constitucionalización.

En el capítulo VI volvemos a hacer uso del derecho comparado para analizar las características jurídicas de la Defensoría en el Ecuador en relación con sus análogos en otros países del mundo. Importante resulta en este capítulo la aplicación de la Ley Orgánica, así como el desarrollo posterior del Reglamento Orgánico Funcional, que dan cuenta de su organización interna, la evolución, el resultado de su gestión, los informes y sus medios de difusión desde el inicio de su entrada en vigencia.

En el capítulo VII hacemos una comparación de las funciones y atribuciones de la Defensoría con las de los diferentes poderes del Estado, otros organismos de control y la labor de ciertas organizaciones de servicio social. De especial significación en el desarrollo de la institución son las potestades que ésta adquiere como parte en un proceso para interponer recursos y acciones.

Finalmente, todas son ideas que no pretenden sino ser expuestas para que podamos extraer lo positivo de este sistema que ha demostrado funcionar y cooperar efectivamente con otros sistemas de control tradicionales, aportando para mejorar el entorno institucional y contribuyendo en el proceso de aprendizaje social mediante la concientización y educación de la sociedad civil, a fin de que éstos tomen parte activa hacia la consecución de un Estado social de Derecho generalizado.

Esperamos que la información aquí vertida sea útil y arroje luces sobre esta figura que, sin ser solución inmediata a todos los problemas, puede a través de su correcta gestión encontrar paulatinamente soluciones concretas que proporcionen a largo plazo las garantías necesarias para el ejercicio pleno de los derechos y libertades que pretende consolidar, y encaminarlas correctamente en los procesos de cambio cada vez más acelerados que afronta la sociedad y por ende el Estado.

Capítulo I

¿Qué es la Defensoría del Pueblo?

1. Definición, origen e historia

1.1. Desarrollo histórico y filosófico de la idea del Ombudsman

Antes del surgimiento de la institución del Ombudsman, como se lo conoce hoy en día, existieron varias figuras que, por sus características similares y sobre todo por su objetivo común, pueden ser tomadas como antecedentes. El ejercicio del poder da lugar a conflictos entre gobernados y gobernantes; por ello desde siempre el hombre buscó mecanismos de solución y control, así como de amparo, debido a las arbitrariedades que las autoridades podían cometer en el ejercicio de sus funciones. A través de la etnología sabemos que los antiguos reyes egipcios tuvieron en sus cortes funcionarios para recibir quejas. Moisés nombró a enviados especiales para que recibieran las quejas de los hebreos.¹

En la antigua Grecia, existieron en algunas *polis* varios funcionarios oficiales encargados del control de la Tesorería; sin embargo, esta competencia de vigilancia y control podía extenderse por sobre todos los funcionarios. En Atenas, los ciudadanos y los extranjeros tenían la posibilidad de quejarse del funcionario con el competente *Euthynoi*, el cual debía observar que los funcionarios cumplieran con la resolución del Consejo, para lo cual podía también actuar por propia iniciativa. En Esparta, el órgano de control más conocido fue el *Ephorat*, establecido en la mitad del siglo VII a. C., elegido por un período de un año, que debía vigilar las actividades estatales, inclusive el ejercicio de las funciones del rey y el cumplimiento de las leyes por los vecinos del lugar. Actuaban de jueces en litigios de derecho privado y ejercían una competencia casi sin limitaciones en el ámbito penal.²

1 C. Ferris, B. Goodman y G. Meyer, citados por N. Caiden, N. MacDermot y A. Sandler (eds.): *The Institution of Ombudsman en International Handbook of the Ombudsman*, tomo I, Wesport, Connecticut, 1983, p. 9.

2 G. Dulkeit, F. Schwarz, W. Waldstein, F. Gschnitzer, W. Haller, J. Hansen, H. Kunkel, citados por H. Matthes: *Der Bürgerbeauftragte: eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des Ombudsmann-Modells in Rheinland-Pfalz, Schriften zum Öffentlichen Recht*, Band 389, Berlin, 1980, p. 24. Al respecto comentan los autores de las consecuencias positivas y negativas que tuvo una institución netamente política como fue el Ephorat. Igualmente opinan con respecto al carácter demagógico que tuvo el defensor civitatis, pese a las restricciones impuestas.

También el Imperio romano tuvo originariamente al *tribuni plebis*, regulado legalmente en el año 368 por el emperador Valentiniano I. Este funcionario era nombrado por el *praefectus praetorio*;³ al principio el cargo fue vitalicio, pero luego su duración fue de cinco años. En el siglo IV d. C. existió el *defensor civitatis*, que actuaba como abogado de los pobres, protegiendo y resguardándolos de la opresión de las autoridades locales y estatales. Una vez adoptado el cristianismo como religión oficial del Estado romano, Constantino (306-337) concedió grandes ventajas a los obispos, quienes con rango senatorial también participaron en la defensa de los pobres. En los primeros años de la República (494 d. C.) se establecieron los tribunales populares. Originalmente tuvieron que proteger a los ciudadanos plebeyos del abuso de los magistrados, pero la competencia de estos varones sacrosantos fue más allá del control de los funcionarios; basados en su *jus intercedendi* podían arruinar las disposiciones administrativas y aun las del cónsul. El largo contacto a través de los siglos IV-VII del pueblo visigodo con los romanos y la posterior fusión de visigodos e hispanorromanos dio como resultado la combinación de derechos. El *defensor civitatis* fue el cargo más importante de la curia municipal visigoda; sin embargo, a lo largo de ese siglo, luego de la batalla de Guadalete (711) y la invasión de árabes y beréberes a España, esta figura acabó por desaparecer.

En el Imperio chino la gestión de los funcionarios estaba a cargo de los censores, quienes ejercían una extraordinaria e intensiva vigilancia a través de una gran maquinaria de control. La actividad de los censores se inició en la dinastía Manchu, cerca del siglo III a. C., y se expandió hasta lograr su mayor desarrollo bajo la dinastía Yung Cheng, en el año 1725. Dio origen a una organización con posibilidades de control sobre la Constitución en general, sobre toda la jurisprudencia hasta el más alto dignatario del Imperio. Este inmenso aparato de control fue, luego de la caída de la monarquía, en el año 1912, asumido por el régimen republicano con un nuevo formato. En los disturbios de este período republicano, el sistema de control experimentó varios cambios, como la creación del primer control Yuan, en 1925, en la provincia de Cantón. Éste consistió en un censor y un tribunal de cuentas que se mantuvieron hasta luego del desalojo del régimen nacionalista del continente con Mao Tse-Tung, cuyos rezagos acabaron por extinguirse en Taiwán.⁴

La Constitución de 1676 de Nueva Jersey y la de Pennsylvania de 1681-2 contenían la disposición que fue encomendada a los censores de defender la libertad de los ciudadanos de las acciones inconstitucionales y de las autoridades públicas. El artículo 47 de la Constitución de Pennsylvania de 1776 esta-

3 Vladimir Serrano P. (comp.): *Derecho, ecología y sociedad*, Quito, 1994, p. 186.

4 G. Brunner: *Kontrolle in Deutschland*, Colonia, 1972, p. 294.

bleció para el pueblo un Council of Censors.⁵ Los censores fueron además elegidos con el propósito de emitir informes, hacer propuestas de *lege referenda* y otras recomendaciones pertinentes. Similares disposiciones se encuentran también posteriormente en la Constitución del Estado de Vermont y en la de Nueva York.

Sin embargo, a pesar de todos los antecedentes anotados, según los datos que recoge Anderson,⁶ la palabra misma *Ombudsman* tiene sus raíces etimológicas en el alemán antiguo de las tribus germanas del Medioevo. Posteriormente esta definición se extendió para todo agente de gobierno.

1.2. Desarrollo sociológico y político. La sociedad civil y el Estado

Como vemos, la historia está llena de ejemplos dignos de citar; la variedad de las concepciones del control y vigilancia del poder planteadas aparecen muchas veces como poco realistas, ya que en su mayoría difícilmente lograron hacerse efectivas en la práctica y terminaron por sucumbir junto con sus respectivas formas de poder. Mientras tanto, subyace el conflicto que reaparece en cada época como consecuencia de la interacción de poder y de su injerencia en la esfera de la libertad de las personas.

La naturaleza misma de la institución del Ombudsman o Defensor nos lleva a revisar la historia del Estado como punto de partida de éste. La formación de los Estados es un proceso histórico lento cuyo origen data del Renacimiento⁷ europeo. Como sucesos importantes que se dieron en este proceso citamos la secularización y la centralización del poder. Vinculada todavía al derecho divino de los reyes, surge la forma de Estado absolutista, apoyada en el derecho y la administración *regia* como elementos unificadores de su poderío.

Esta nueva forma de poder da lugar a un nuevo tipo de problemas en su control; si bien desaparecen las instancias intermedias y los mecanismos de control grupal propios del feudalismo, así como los pactos imperiales y papales, a la par van generándose nuevos componentes sociales, como los funcionarios o servidores de la corona,⁸ que “sustituyeron a estos poderes y quedaron in-

5 Haller y Hansen: o. cit., p. 28: “The Federal Judicial Act of 1789: [...] the constitution has been preserved inviolate in every part and whether the legislative and executive branches of government have performed their duty as guardians of the people [...]”.

6 S. Anderson: *Ombudsman Papers: American Experience and Proposals*, Institute of Governmental Studies, University of California, Berkeley, 1969, pp. 2-3. Esta persona a la que Anderson se refiere fue el Ombudsman: “‘Om’ being ‘About’, ‘Bud’ being the messenger collecting the fine” que, según la descripción etimológica que hace de la palabra, designa al encargado de cobrar la multa.

7 Antonio Torres del Moral: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, 1991, pp. 26-27. Entre los hechos que dan origen al Estado cuentan la “asunción de la civilización grecorromana” que “aportó la seguridad jurídica indispensable en un mundo económico complejo”, “un mundo en transformación” en el cual se amplían no sólo las fronteras sino la ciencia, el conocimiento, el mercado, el comercio, la competencia incipientemente capitalista, los derechos y la libertad de pensamiento.

8 *Ibidem*, p. 28. Torres del Moral señala que ya en el feudalismo la Iglesia poseía una organización monista, que desvinculaba el ejercicio con la titularidad del poder; se trataba de los cargos u *officia*, tomados del Imperio romano, que sirvieron de modelo y “pieza técnica esencial de la forma estatal de ejercicio del poder”.

sertos en una organización impersonal, centralizada y jerárquica”; por su parte, la nobleza pugnaba también por sus privilegios cuando la racionalidad de la administración centralizada buscaba la igualdad de derechos para todos los súbditos; a todo ello se sumó la creciente burguesía, resultado de la economía capitalista emergente.

La transición de lento despliegue hacia los Estados independientes supuso un replanteamiento de varios principios y estructuras medievales, condicionados tanto a factores ideológicos como políticos y materiales. Para sustentar las guerras civiles (XIV-XV) y afrontar sus costos se necesitaron no sólo grandes ejércitos, sino también reorganizar los ingresos públicos y crear una infraestructura administrativa adicional que se encargara de ellos y de los asuntos externos; además, gracias a las ambiciones expansionistas, aumentaron la economía manufacturera y las transacciones mercantiles. Con la llegada de plata y oro americanos (XV-XVI) se incrementaron la circulación monetaria y el consumo suntuario. La religión influyó definitivamente para fortalecer el poder del Estado, sobre todo la iglesia protestante, al poner al rey como cabeza. “La salvación eterna dependerá de las Iglesias, pero la salvación histórica de las Iglesias depende del Estado”.⁹ Un factor decisivo en el afianzamiento del poder del Estado fue la adopción del derecho romano en el sentido jurídico formal. Para sostener esta estructura surgieron nuevas cortes,¹⁰ contadurías encargadas de los asuntos financieros, consejos de estado y representantes del poder de la corona.

La razón del Estado en “un mundo nuevo que no gira en torno a Dios ni al diablo, ni a lo bueno ni a lo malo, sino en torno al *poder*”¹¹ es el nuevo planteamiento que rechaza los conceptos sacralizantes y los reemplaza con los del análisis de la naturaleza de los hombres: iguales y egoístas, éstos se ven obligados a pactar en busca de la paz en una organización social y política llamada Estado. Siguiendo con la misma corriente iusnaturalista de las teorías del pacto, reforzada con la idea de defensa de la libertad, la igualdad, la dignidad y la propiedad de los ciudadanos, se van sentando las bases del Estado moderno de naturaleza civil; una comunidad política basada en la superioridad de la ley en la cual se distinguen las tres funciones: legislativa, judicial y ejecutiva.

Durante los siglos XVII y XVIII se va gestando el nuevo modelo de Estado liberal como resultado de la hegemonía social y económica de la burguesía; mientras Inglaterra y Holanda dieron paso al nuevo orden político, el

9 Manuel García Pelayo: “Del mito y de la razón política”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1968, citado por Andrés de Blas Guerrero y Ramón García Cotarelo: *Teoría del Estado*, 6ª reimp., Madrid, 2000, p. 75.

10 Tal es el caso de la creación del Canciller de Justicia o *Justitiekansler*, precedente inmediato del Ombudsman sueco.

11 Torres del Moral: o. cit., pp. 41 y 42. Al analizar las obras y el pensamiento de Maquiavelo y Hobbes, el autor concluye que “mientras el eje de la teoría de Maquiavelo es el príncipe y su gloria (proporcionada por el poder), en Hobbes el eje es ya el poder por sí mismo”.

resto de las monarquías europeas y sus colonias tuvieron que tocar fondo en los problemas causados por la centralización del poder político. Inglaterra, reivindicó en 1628 los derechos reconocidos en la Carta Magna de 1215; a pesar del intento republicano de 1653, se volvió a restaurar la monarquía en 1660, y en 1679 se aprobó la Ley del Hábeas Corpus. Diez años más tarde, Guillermo de Orange firmó el *Bill of Rights* e instauró un régimen parlamentarista oligárquico; se aumentaron las libertades populares gracias al triunfo de la burguesía representada mediante sufragio corporativo y unitario en una de las cámaras, formando alianza con la nobleza y con la monarquía. Las colonias americanas rechazaron el cobro de tributos y suspendieron el comercio con Inglaterra hasta declarar finalmente su independencia en 1776. Francia rompió bruscamente con el antiguo régimen absolutista y proclamó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789.

Los primerísimos valores liberales acuñados a lo largo de este proceso histórico y recogidos por los textos constitucionales —derechos, libertad e igualdad intrínsecas en todos los seres humanos; tecnología, progreso y libre comercio como generadoras de libertad económica; imperio de la ley, división de poderes, representación política y soberanía nacional— no dejaban sin embargo de tener varias contradicciones, más aún a principios del liberalismo: la limitación del voto censitario, la aceptación de la esclavitud, la corrupción en colaboración con la burguesía, la libertad confesional, etc.

Pero aún más profundas resultan las contradicciones del Estado liberal, puesto que, si bien por un lado se presenta como un Estado de Derecho,¹² por otro minimiza¹³ su participación política, dando lugar a varios cuestionamientos políticos y económicos de gran contenido social, como la lucha por la igualdad a través del sufragio universal, la imposición de una política fiscal que a través de la redistribución de la renta ayudara a sostener funciones subsidiarias del Estado que no solventaba la empresa privada, como los servicios públicos, la polémica del libremercado y el proteccionismo, etc.

Esta disparidad entre la teoría y la práctica del Estado liberal evidencia su posición clasista, lo cual haría inevitable el surgimiento de nuevas crisis sociales y la necesidad de dar nuevas respuestas políticas. Los movimientos sociales de mediados del siglo XIX retomaron la idea de igualdad postulada en la Revolución francesa y concretaron su lucha hacia la consecución del su-

12 Ibidem, p. 73. Acertadamente Torres del Moral menciona la falta de neutralidad de esta teoría; “la clave de su trasfondo ideológico nos la proporciona la índole de los derechos y libertades que garantizaba este derecho limitador del poder: son derechos civiles y políticos, no sociales ni económicos. No requieren del Estado prestaciones sociales sino sólo vigilancia y represión de las posibles perturbaciones. Son, en fin, los derechos ‘naturales’ de la burguesía decimonónica”.

13 Adam Smith formula que en el liberalismo el poder político tiene únicamente tres funciones: 1) asumir las obras de interés público que no sean campo de las empresas privadas; 2) garantizar el orden público y 3) garantizar la defensa del país contra las agresiones exteriores.

fragio universal. Las clases sociales explotadas en el proceso de acumulación capitalista también trataron de organizarse para luchar por sus intereses y ser reconocidas legalmente, con lo cual se evidencia ya la lucha democrática.¹⁴

Hasta entonces predominó el ideal de un Estado liberal¹⁵ en el cual las autoridades públicas debían velar por conservar el orden interno y la seguridad exterior. La administración pública tenía una función esencial cuando la política dejaba al individuo en libertad de orientación de su personalidad, trasladando a la sociedad civil la transformación del orden social existente.

A principios del siglo XX se inicia un cambio fundamental en la estructura de la administración y en las leyes del régimen administrativo. Varios son los factores que intervienen para definir el nuevo concepto y la tarea del Estado: las secuelas que deja la Primera Guerra Mundial, la incapacidad del Estado de asegurar el orden político y económico, las experiencias socialistas y anarquistas y el advenimiento de la tecnología y la industrialización, entre otras.

En un nuevo intento por dar solución a las consecutivas crisis políticas y buscando alcanzar además la justicia social distributiva, el Estado asume dentro de sus potestades las de índole económica y se convierte en un ente regulador y estructurador que procede a intervenir con subsidios, promover la educación, la tecnología, fomentar una política nacional y redistribuir la riqueza con criterios de igualdad y justicia;¹⁶ es decir, en un Estado social en el cual la voluntad ciudadana debe ser establecida en un Estado de Derecho social, pero no como categoría contradictoria sino de implicación recíproca, donde los valores y los fines del Estado social se ven encaminados hacia la consecución de la “procura existencial” (*Deseinvorsorgebedürfnisse*) que incluye tanto las posibilidades de existencia materiales como inmateriales y “que rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como de la política social *sensu stricto*” y cuya carencia produce “menesterosidad social”.¹⁷

14 H. Wolff y O. Bachof: *Verwaltungsrecht I Studienbuch*, 9ª ed., Múnich, 1974, p. 44. El advenimiento de la democracia acaba con la dualidad entre Estado y sociedad; el Estado, que era un garante del orden social, asume el rol de gestor.

15 Manuel García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 10ª reimp., Madrid, 1996, p. 22: “el Estado, organización artificial, ni debía, ni a la larga podía tratar de modificar el orden social natural, sino que su función habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo [...]. De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos, cada uno de límites bien definidos, con regulaciones autónomas y con mínimas relaciones entre sí”.

16 H. Heller (*Gesammelte Schriften*, 1ª ed., Gesammelte Schriften, Sijthof, Leiden, 1971, t. II, pp. 443 y ss.) formuló la idea del Estado social de Derecho. “La solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes: sólo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización”.

17 Forsthoft (*Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Múnich, 1973, p. 370 y ss.): “Toda actuación de la Administración para proporcionar a la generalidad [...] prestaciones útiles” que incluyen: el desarrollo o el control de sistemas; la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional; la realización de una serie de prestaciones sociales garantizadas por los textos constitucionales tales como la fijación de un salario mínimo vital, la procura de un puesto de trabajo, la atención de los incapacitados para el trabajo y el acrecentamiento de las posibilidades vitales especialmente de empleados y obreros mediante una justa distribución de ingresos, acceso a los bienes culturales y servicio social.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la manifestación de esta forma de Estado¹⁸ se hizo sin embargo presente tanto en los programas de los partidos socialistas y socialdemócratas como en sus antagónicos demócrata-cristianos; aunque ambos aplicaron políticas reformistas, intervencionistas, providenciales o benefactoras, el concepto ideológico plasmado en las Constituciones poco a poco fue perdiendo ese contenido. Apegado a la doctrina neocapitalista,¹⁹ el Estado —ya servidor y concesionario de energía, transporte, medios de comunicación, educación, salud, propulsor de la industria y el comercio, de asegurar la propiedad privada— se hacía responsable de asegurar la vida de los ciudadanos, de procurar la disponibilidad y el abastecimiento necesarios para su existencia; intervenía además en el control del proceso económico con el fin de solucionar los problemas sociales y de tratar de disminuir las diferencias sociales.

Basta observar el ámbito de acción que ocupa el Estado dentro de la amplia gama de servicios que ofrece, a lo que se suma, además, su gestión empresarial en la explotación, generación, comercialización y redistribución de materias primas, para calcular las dimensiones que adquirió. Junto con esta demanda debía marchar el engranaje de la administración pública y fiscal estatal, y con mayor razón el rendimiento administrativo establecido, con lo cual, paralelamente el Estado fue incrementando no sólo su tamaño sino también su gestión. El supuesto de que el neocapitalismo exige el crecimiento del consumo es además relativo al fin del Estado social de procurar bienestar social; por lo tanto, le corresponde al Estado no sólo contribuir al aumento del consumo sino también asumir la función distribuidora de los bienes y servicios que presta. La plurifacética función distribuidora conduce al Estado, asimismo, a asumir la responsabilidad de un Estado *manager* o planificador de la dirección general del proceso económico, lo cual supone una transformación en sus funciones tradicionales de un Estado predominantemente legislativo a un Estado predominantemente administrativo o de prestaciones.

Entre las consecuencias más significativas de esta conversión, a la participación en la voluntad estatal a través de los partidos se suma el derecho de la lucha por la participación en la distribución de las prestaciones que el Estado brinda. La participación en esta lucha no es homogénea sino diversificada según los actores, quienes buscan soluciones concretas a sus proble-

18 Dahrendorf, citado por De Blas Guerrero y García Cotarelo, o. cit., p. 104. "Como ha señalado Dahrendorf, el Estado de Bienestar ha de entenderse como el resultado de un pacto entre socialdemócratas y liberales al final de la Segunda Guerra Mundial".

19 John Maynard Keynes: *Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes*, 7ª ed., Duncker & Humboldt, 1994. Teoría económica formulada por Keynes en 1936 según la cual, mediante el control del proceso económico por parte del Estado, era posible por métodos democráticos, manteniendo la propiedad privada de los medios de producción, sin alterar fundamentalmente la economía capitalista, fomentar el crecimiento de la producción y, por consiguiente, la oferta de empleo, evitar el desempleo y aumentar la capacidad adquisitiva de las masas.

mas específicos. Las demandas de la sociedad al Estado se canalizan por diferentes vías; no únicamente a través de los partidos políticos, sino también a través de las organizaciones de intereses, empresas, sindicatos o asociaciones defensoras de estos intereses,²⁰ que entran en constante interacción con el Estado y llevan a cabo el proceso de socialización de éste.

Con la sensación de responsabilidad ante nuevas tareas, y más tarde ante otras variables que se conjugaron —como una población creciente, el desarrollo de una sociedad de masas, el proceso de urbanización y el desarrollo tecnológico—, la administración pública creció de tal forma que existía el consenso de que un gran aparato administrativo era señal de una sociedad altamente industrializada. Por desgracia, no existen registros²¹ que muestren que dicho crecimiento representa el verdadero alcance y rendimiento de la administración para luego dar origen a una efectiva legislación. Este crecimiento no sólo multiplicaba las autoridades administrativas, sino que particularmente promovía la gestión de la administración, puesto que el orden social debía ser una realidad producto de la tarea de la organización.²² La expansión de las funciones del Estado como resultado de las obligaciones adquiridas para con los ciudadanos por mantener el orden social tuvo como consecuencia que la vida de las sociedades y las naciones en desarrollo, en cierto sentido, llevaran el sello estatal de la burocratización²³ y de la tecnoburocracia.²⁴

20 Lo que los alemanes denominan *Estado de asociaciones* (*Verbündestaat*), en el cual “la política se convierte en una buena parte en un conflicto de intereses concretos”.

21 Un ejemplo claro de este proceso se lo encuentra en las estadísticas que arroja Alemania Federal, donde la administración, sin contar con el personal de defensa, creció de 59.885 empleados en 1950 a 280.437 en 1967.

22 Manuel García Pelayo: *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, Madrid, 1974, p. 204. Se entiende por organización al “orden estructurado por una racionalidad previa a la realidad ordenada”, contrapuesto al de la ordenación, que es un “orden estructurado por una racionalidad immanente a la realidad misma”. “Lo importante es que en la organización el planteamiento racional es previo a la *praxis*, mientras que en la ordenación se descubre una racionalidad en la *praxis* misma”.

23 *Ibidem*, 1974, pp. 15-22. La palabra *burocracia* tiene una pluralidad de significaciones: entendida como un “sistema de gestión y administración altamente racionalizado y de máxima eficiencia técnica, caracterizado por ciertas notas como la organización jerárquico-autoritaria, la asignación de funciones en virtud de una capacidad objetivamente demostrada”, etc., es el tipo ideal concebido por Max Weber; o como un “sistema de racionalidad y funcionalidad aparentes y de arbitrariedad y disfuncionalidad reales, cuyo resultado es la ineficacia”, etc. El autor concluye que la primera puede transformarse en la disfuncionalidad que “preside la segunda en virtud de que las respuestas expresadas en la conducta efectiva de los funcionarios y que se articulan entre sí hasta llegar a constituir un sistema fáctico o una *informal organization*, difieren de las imaginadas en el sistema formal”. Otro significado es el de un “cuerpo o conjunto de personas (funcionarios) jerárquicamente organizadas y caracterizadas por ciertas notas estructural o coyunturalmente cambiantes”, como el carecer de propiedad sobre el objeto, no ser elegido por los administrados, estar dotados de un específico saber o status jurídico y/o social, tener como profesión única o principal el servicio burocrático y actuar rigurosamente de acuerdo a ciertas normas o precedentes aunque ello contradiga sus propios criterios y convicciones; definición que corresponde al *estamento de funcionarios* (*Beamtenstand*), frente al cual la sociedad civil consta como *Privatstand*. En ciertos contextos se entiende también como “un sistema político no sólo administrado, sino también dirigido por funcionarios, de cuyas capas superiores se reclutan preponderantemente —o, en los casos límites, totalmente— los miembros de la clase política, de modo que la burocracia viene a acumular los poderes de decisión política y contradice los de ejecución administrativa, sea formal, sea fáctica-mente”. “También aquí la disfuncionalidad interna del aparato o subsistema burocrático puede ser el costo a pagar para el mantenimiento del conjunto del sistema político en el que esté inserto, si es que éste tiene la suficiente capacidad de adaptación o de absorción de disfuncionalidades”. Con este análisis llega a elaborar ciertos criterios con los cuales se puede determinar el grado de burocratización de un sistema político.

24 *Ibidem*, 1974, pp. 32-33: La tecnocracia “tiene como supuestos la imagen del Estado, de la sociedad global y de las sociedades sectoriales como sistemas técnicos o, simplemente, como ‘sistemas’ en el sentido genérico; [...] tales entidades han de ser configuradas y orientadas fundamentalmente según los principios y los objetivos propios de la razón

La técnica moderna de la organización trató de brindar soluciones para detener la excesiva burocratización. El punto de vista del derecho estatal evidenció como respuesta una tendencia a perfeccionar la legislación y aun a incrementar su número para áreas especializadas. Disposiciones de dudosa calidad, como diligencias, trámites e instrucciones de orden especiales que exigían al empleado estatal la diaria aplicación de reformas permanentes, también llevaban el riesgo de subestimar el conocimiento del ciudadano. Esta tarea duplicó el trabajo y la exigencia de rendimiento, pero fue un fenómeno contradictorio que, según algunos críticos, fue el germen del crecimiento del aparato burocrático, producto no del aumento de trabajo sino de su complejidad. “La guerra de los papeles”, “el idioma de los juristas”, “la espesura de las competencias” eran las calificaciones del trámite burocrático, que se convirtió en lo que algunos autores llamaron “el nuevo despotismo” o lo que Max Weber²⁵ describió como *la verdadera soberanía de los Estados modernos*, que finalmente convierte al Parlamento en un órgano “superficial y aficionado” en comparación con el “especialista” burocrático.

En virtud del impacto que puede tener la burocracia sobre el orden político y el ejercicio del poder, resulta interesante mencionar ciertas características diferenciales entre la burocracia y la tecnocracia.²⁶ Ninguna de las dos es elegida por los administrados, sino designada por una autoridad superior, pero difieren básicamente en el hecho de que las reglas de la buroestructura son de carácter primordialmente jurídico, fijas, y están dotadas de imperatividad formal, mientras que las de la tecnoestructura son de carácter primordialmente técnico, fundamentalmente flexibles, de carácter fáctico, adaptables al progreso tecnológico, a la especificidad del problema a resolver, a la necesidad de las cosas sobre las que el técnico es el único competente. En la buroestructura, la jerarquía de autoridad es monocéntrica y configura un riguroso y formalizado orden de autoridad donde el control es ejercido por la

técnica, a la que llega a identificar con la razón política o incluso con la razón en general; los conocimientos adecuados a la configuración y dirección del Estado y en general del sistema político [...] son proporcionados o bien por disciplinas sectoriales, o bien por disciplinas multisectoriales, cuyas conclusiones son válidas y aplicables a distintos sistemas; se parte del principio de que para cada problema existe *the best one way*, la solución óptima, ante la cual no cabe discrepancia razonable, lo que, de ser cierto, excluiría los antagonismos ideológicos o de intereses, todo lo cual desemboca en una absorción o, por ahora, en una adaptación de la estructura político-institucional a las exigencias estructurales de la razón técnica y a la dialéctica de los sistemas. [...] En lógica conexión con ello, se entiende también por tecnocracia una estructura de poder en la cual los técnicos condicionan o determinan la toma de decisiones, tendiendo así a sustituir al político (o sustituyéndolo definitivamente) en la fijación de las *policies* y a los burócratas tradicionales en la operacionalización de las decisiones o en su participación en la decisión misma. La tecnocracia significa, así, la presencia de una nueva ‘clase política’ compuesta por ‘tecnócratas’, que comprende no sólo a los técnicos del proceso productivo, sino también a los especialistas en *management*, planificación, organización, comunicación de masas, investigaciones operacionales, análisis de sistemas, etc.; en una palabra, los entendidos en teoría y práctica de sistemas”.

25 Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft, Studienausgabe*, 5ª ed., Tubinga, 1972, p. 572. Sieht er eine Gefahr in der “Überlegenheit des berufsmäßig Wissenden”, die “jede Bürokratie noch durch das Mittel der Geheimhaltung ihrer Kenntnisse und Absichten zu steigern”.

26 García Pelayo: *Burocracia y tecnocracia...*, o. cit., pp. 62-65.

superioridad. En la tecnoestructura, el orden de autoridad (más bien *auctoritas*) es pluricéntrico y flexible; el control es ejercido por órganos o equipos paralelos o inferiores, pero técnicamente competentes. En la buroestructura la línea de comunicaciones es descendente-ascendente; en la tecnoestructura la red de comunicaciones es compleja, se despliega vertical u horizontalmente y se extiende en distintas direcciones asumiendo formas diversas según el problema a tratar. En la buroestructura, la asignación de papeles en forma de cargos permanentes y la atribución de competencias están delimitadas por normas jurídicas; en cambio, en la tecnoestructura la asignación de papeles se lleva a cabo a través de equipos que dotan de atribuciones según necesidades, objetivos y competencia técnica de los sujetos. En la buroestructura, los funcionarios están unidos al Estado por vínculos de subordinación y lealtad, entran al servicio mediante concurso, perciben un sueldo de acuerdo con su jerarquía, mérito y antigüedad y hacen de tal servicio su profesión única o principal. En la tecnoestructura, el servicio al Estado se hace generalmente por contratación, sea como una persona particular o a través de una empresa; se supone que el tecnócrata posee la capacidad y sus ingresos no dependen de la jerarquía formal.

Aparentemente, la tecnocracia carece de interés político, es ajena a la pugna del poder y no tiene ideología, pero lo cierto es que el interés por la razón técnica y la relevancia que puede tener una determinada línea de acción en el seno de la organización del Estado la lleva también a constituir grupos de intereses que se vinculan, lógicamente, con las grandes empresas en el tecnodemocratismo, con el fin de asegurar su posición. En resumen: la tecnocracia es oportunismo que se impone por sí misma bajo el supuesto de ser la *best one way*; elimina la incertidumbre en las decisiones y por tanto encubre las situaciones conflictivas de diversidad de grupos de intereses. La coronación del orden tecnocrático es el político manipulador.

Confrontando las críticas que se han hecho a la burocracia, lo cierto es que, ante una arbitrariedad, “hay una norma jurídica a la que referirse y un sistema de recursos jurisdiccionales para deshacer el entuerto; en cambio, ante un error tecnocrático no hay, en principio, apelación posible, de un lado porque se trata de decisiones técnicas y no jurídicas, más allá de la *ratio juris*, y de otro lado porque se diluye la responsabilidad a través de la maraña de la tecnoestructura, de modo que, queriéndolo o no, puede abrirse vía franca a la irresponsabilidad. En fin, los malos efectos de una decisión burocrática son limitados, mientras que los malos efectos de una decisión tecnocrática pueden ser incalculables”.²⁷

27 *Ibidem*, p. 99.

El sistema estatal de nuestro tiempo, tanto en los países industrializados como en aquellos en vías de desarrollo, ha cobrado una complejidad tal, que para muchos tratadistas la dificultad empieza por encontrar un nombre adecuado²⁸ para designarlo o una teoría que pueda explicar y tratar de solucionar dicha complejidad. García Pelayo estima que la designación más adecuada es la de *Estado social* “con una tendencia a la estatización de la sociedad, pero también con una tendencia a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos términos”.²⁹

Como hechos notorios de esta complejidad —además de la transformación descrita de la administración como una potestad autónoma,³⁰⁷ que ha pasado a ser un participante en el contenido de las decisiones gubernamentales, lo que le ha valido para calificarla como el cuarto poder—, el autor observa el aumento cuantitativo de los órganos estatales; además de su diversificación y dispersión. En consecuencia, los partidos y las organizaciones de intereses han pasado a constituirse en subsistemas de un sistema más amplio, ajenos a la organización estatal, más o menos diversificados en distintos centros.

Pero además del aumento y la diversificación de órganos, poderes y actores estatales, al Estado lo acompaña la diversificación de funciones que incluyen cubrir el amplio espectro y complejidad de la procura existencial. Como una consecuencia inmediata, los instrumentos clásicos de acción y relación entre ellos, leyes y acciones administrativas, tampoco son suficientes, amén de que también en éstas se puede distinguir una diversificación debido a su proveniencia no sólo del Parlamento, del Gobierno, sino de entidades extraestatales como empresas, sindicatos y otras organizaciones de intereses, lo que el autor denomina *principio de la instrumentalidad recíproca*. A esto se añade la práctica del *government by contract* (empresas privadas que asumen funciones públicas). En cuanto al aumento y la diversificación en materia de relaciones exteriores, la complejidad es mayor: se ha consolidado una “tercera sociedad” y una “tercera especie de política estatal” resultado de la interacción entre componentes de distintas sociedades nacionales, cuyos actores —Estados, unidades departamentales de Estado, organizaciones

28 Denominado Estado social, Estado de partidos, Estado de asociaciones u organizaciones (*Verbändenstaat*), Estado manager, *Welfare State*, *Sozialstaat*, etc.

29 García Pelayo (*Las transformaciones...*, o. cit., pp. 184-193) señala que entre las tendencias contemporáneas subyace la idea de que un sistema que es “incapaz de reducir la complejidad ambiental iría perdiendo su autonomía hasta ser finalmente absorbido por el ambiente”. Lo cual podría tener como “resultado que el Estado, en tanto que institución histórica concreta, entrara en un proceso de entropía o de desorganización creciente, para ser sustituido por otro tipo de orden político”.

30 Eduardo García de Enterría (*Revolución Francesa y administración contemporánea*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 41) demuestra como “paradójicamente la misma Revolución Francesa [...] va a ser la que alumbre la poderosa Administración contemporánea” como un poder autónomo de acción permanente con potestades y jurisdicción propias, dotado de la facultad de reglamentación de la ley; autor y actor de una específica rama jurídica: *el derecho administrativo*.

31 Resulta didáctico para comprender, aunque sea relativo, cómo señala al crecimiento de la complejidad del sistema internacional la combinación de cinco variables que dan 25 posibilidades.

mundiales, organizaciones regionales, organizaciones transnacionales³¹ y, de otra parte, entidades sociales del exterior que representan a la sociedad nacional o que se relacionan con ella, como compañías multinacionales, partidos políticos, organizaciones de intereses— ejercitan una “política transnacional”. “El resultado es un sistema estatal altamente complejo, dominado por la interacción entre la cantidad y diversificación de componentes, funciones, instrumentos de acción y tipos y modalidades de relaciones”.

Las razones de la complejidad son igualmente variadas; aparte de las motivaciones internas, el autor señala “la ampliación de la actividad del Estado exigida por la civilización industrial y posindustrial”, “la complejidad de la sociedad de nuestro tiempo o, en términos más generales, del ambiente en que se mueve el sistema estatal” y “la interacción entre ambos términos”. Es una reacción en cadena: si las exigencias del mundo ambiental se incrementan, el Estado tiene que “acrecer y diferenciar el número de órganos, de funciones, de estructuras y de interacciones” destinadas a satisfacer las demandas políticas, sociales, económicas y culturales. Esa complejidad será mayor cuanto mayores sean la “variedad y la velocidad de los problemas planteados por el ambiente”. Lo cierto es que, para cualquier Estado, la tarea de autodeterminar, controlar y reducir su complejidad resulta sumamente problemática porque no es un accionar automático o natural, sino que requiere un planteamiento y una capacidad selectiva propia del sistema.³²

Para que una complejidad como la del Estado sea “autodeterminada o controlada”, las autoridades del sistema deben estar “en condiciones de decidir sobre grado, modalidades y funcionamiento de la complejidad, es decir, cuando tienen una conciencia clara de la complejidad requerida y una posibilidad efectiva de satisfacerla, y cuando son capaces de orientarla o, si se quiere, de manipularla hacia los objetivos planteados con el mayor grado posible de certidumbre o, al menos, con riesgos calculados”. La misma complejidad presenta una serie de “tendencias obstaculizadoras de la autodeterminación y el control de la complejidad estatal”; testimonios de ello son los fenómenos que se perciben en la actualidad: “la difuminación de límites precisos entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado, entre los intereses generales y los intereses particularizados”, potenciada por el “corporativismo o ‘privatización’ de los propios órganos, sectores o subsistemas del Estado; fenómeno que se agrava todavía más si va unido a la tendencia de que ellos —y no los políticos u otros sectores estatales— son la verdadera en-

32 Niklas Luhman (*Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 1ª ed., Westdt. Verlag, Opladen, 1970) desarrolla unos principios para la reducción de la complejidad: “propia representación de la realidad”, “normalización y simplificación de las relaciones con el ambiente”, “diferenciar el ambiente en sectores y subsistemas”, “diferenciación interna de estructuras, funciones y procesos” y “constitución de subsistemas dotados de autonomía suficiente para que los acontecimientos perturbadores puedan ser localizados y encapsulados en determinadas partes sin que la perturbación se transmita a los demás”.

carnación de este interés. Un paso más adelante tiene lugar cuando las subunidades estatales vinculan su acción a la de grupos u organizaciones de la sociedad, no motivadas aparentemente por la corrupción, sino por entender que tales grupos son los mejores *partenaires* para la realización de sus políticas”, lo cual en definitiva no sólo “quebrantaría la unidad sistémica” sino que “pondría en cuestión la unidad de acción y decisión del Estado”.

Frente a esta situación, existen dos tendencias. De una parte, las pluralistas,³³ que piensan que el poder debe estar distribuido entre todos los grupos de intereses de la sociedad y que la autoridad política debe estar dispersa entre todas las organizaciones que legitiman el ejercicio del poder a través de su interés; que “el llamado Estado” debe ser considerado como uno más de los grupos de intereses que interactúan en la sociedad y, por lo tanto, su acción se limita a coordinar y su función a integrar y satisfacer las demandas que le plantean los grupos de la sociedad, mas no a plantearse autodemandas o a imponer decisiones propias y unilaterales. Otros señalan que el Estado “es un curioso híbrido de organización y anarquía, de acción y de dimisión”, que ha perdido “su capacidad de autodeterminación”, “que absorbe todas las funciones que le reclaman, pero que es incapaz de ejercer un control efectivo o de cumplir a cabalidad sus funciones”.

La tendencia que este autor percibe no es la de una crisis, sino que estamos “más bien ante el riesgo de la disolución del Estado como forma histórica concreta para dar paso, de modo relativamente imperceptible, hacia otro *status* político”. Sin embargo, cree que esta tendencia podría ser reversible si el Estado recobra la capacidad de autodeterminación, posibilidad factible únicamente si regresa desde una “idea económico-instrumental” hacia una “idea política” de sí mismo. Ello es concebible, puesto que el mismo crecimiento obliga al Estado a decidir sobre los “objetivos y los tipos concretos” de este crecimiento, teniendo en cuenta “variables no sólo económicas sino extraeconómicas”; además, la nueva situación económica mundial contribuirá paulatinamente a una mayor “politización de las decisiones económicas”.³⁴ Tomar conciencia de la complejidad del sistema estatal y de las conse-

33 La proyección que tuvo la revolución tecnológica en las sociedades altamente industrializadas y toda la conceptualización ideológica expresada en la teoría de los sistemas políticos, limitó la esfera de la acción política a un sistema que está en constante relación con sus ambientes intra y extrasocietal, de los cuales recibe los *inputs* o aportaciones positivas o negativas, demandas, apoyos, seleccionados en términos de funcionalidad o disfuncionalidad para su persistencia y para el mantenimiento de su status, independientemente de quiénes puedan ser los beneficiarios. El sistema político transforma los *inputs* en *outputs* o aportaciones al ambiente; es decir, toma decisiones, regulaciones, orientaciones políticas como son la promoción de actividades de control social y cultural, la dotación o mejora de servicios públicos, la creación de condiciones favorables para el desarrollo del bienestar económico, o simplemente la eliminación de *inputs* negativos que lo pongan en riesgo. A través de un proceso de retroacción circular, *feedback*, los *outputs* se transforman en nuevos *inputs* y así sucesivamente. Además comparar la teoría de los sistemas de Easton y la obra de Arno Wachkuhn, *Demokratiethorien: Politiktheoretische und ideengeschichtliche Grundzüge*, Múnich, 1998.

34 Jacques Attali y Marc Guillaume: *L'Anti-économique*, 1ª ed., “Quadrige”, Presses Universitaires de France, París, 1990, p. 122: “La ciencia económica deberá insertarse como un subsistema de la ciencia política. Los modelos económicos deberán convertirse en submodelos de los sistemas políticos”.

cuencias a las que conduce, requiere de una teoría específica de la organización estatal a la altura de la situación y de las necesidades de nuestro tiempo; una teoría que incluya no sólo las dimensiones jurídicas y políticas del Estado, sino también su dimensión organizativa.

2. La propuesta de solución: el Ombudsman

Desde el punto de vista de la teoría de la política y del Estado, el sistema clásico de la división de poderes ha experimentado cambios profundos en su estructura. La concepción clásica dividía las tareas fundamentales del Estado —formular, ejecutar y controlar las leyes— y las designaba a cada órgano por separado. Este modelo de unidad entre función e institución no se corresponde con la realidad social actual; en la complejidad del sistema descrito, sucede que un mismo poder cumple distintas funciones y la misma función puede ser cumplida por distintos poderes. Sin embargo, esto no significa que la funcionalidad jurídico-política de esta división carezca de sentido; como dice Weber: “la división de los tres poderes ‘tiene todavía un cierto valor disciplinario y sustentador del Estado’, tiene la función de ‘disciplinar y limitar el uso del aparato estatal por los pretendientes y tenedores del poder’”.³⁵ Como función principal está, por lo tanto, la de asegurar la unidad y la estabilidad del Estado democrático articulando el ejercicio del poder político y garantizando el control de la constitucionalidad a través de un Estado de Derecho. Creemos que la labor del Ombudsman, a pesar de no ser un órgano previsto constitucionalmente por la democracia clásica, tiene como fin mantener esta tradición.

Al extenderse el ámbito del Estado con permanentes intervenciones en el proceso económico y social, nos encontramos con que la legislación forzosamente tiene también que aumentar, tanto en cantidad como en diversificación.³⁶ Por otra parte, la mayoría de las leyes que afectan la vida del hombre no han sido aprobadas sólo por el Parlamento, sino por el Gobierno, la Administración o las corporaciones de derecho público. En principio, aunque el control de la legalidad y la constitucionalidad de los actos del Estado está a cargo de los tribunales ordinarios, especiales o administrativos, “en un Estado en el cual la vida cotidiana del hombre está sometida a la intervención o al trámite administrativos, los tribunales no bastan para la protección de los

35 W. Weber: “Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem”, en H. Rauch (ed.): *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt, 1969, p. 329 y ss.

36 Ernst Forsthoff: *Rechtsstaat im Wandel: verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2ª ed., Beck, Múnich, 1976. Junto con las formas clásicas de ley proliferan otros tipos como las leyes medida; leyes que, como dice Forsthoff, no son *constitutio*, sino *actio*, es decir, no crean un orden para la ejecución, sino que son en sí mismas acción. Una vez conseguido el fin propuesto dejan de tener vigencia y se convierten en una “curiosidad legal”.

37 García Pelayo: *Las transformaciones...*, o. cit., p. 65.

derechos e intereses ciudadanos”.³⁷ De allí que la figura del Ombudsman resurge con la función primordial de defender a los ciudadanos de las arbitrariedades administrativas o de la mala administración.

Pero recordemos además que, sobre el supuesto de la complejidad organizacional y técnica de nuestro tiempo, el principio de legalidad responde ya no a una legitimidad racional en la cual el concepto de ley era el de una normatividad general y abstracta, indefinida y acrónica, sino que se transforma en una razón instrumental, funcional, sistémica, operacional, etc. que no tiene siempre carácter general ni abstracto, sino específico y concreto. Estos nuevos supuestos plantean nuevos requerimientos para controlarla, ya que rebasan las posibilidades del control judicial. “Su solución radica en unos sistemas de control mucho más complejos, que incluyen no sólo órganos estatales, sino también paraestatales o sociales”.³⁸

No menos importante resulta el impacto que puede tener la sociedad organizacional en el sistema político. Si bien es cierto que el poder emana del pueblo, el cual se pronuncia a través de elecciones libres y periódicas por sufragio universal para elegir a sus representantes, no es menos cierto que en la práctica los partidos políticos no reflejan exactamente la voluntad popular, ni cumplen enteramente con la representación democrática otorgada, toda vez que no se preocupan por los intereses de sus votantes. “La sociedad del presente es una sociedad organizacional, una sociedad estructurada en organizaciones en la que ni los objetivos individuales ni los colectivos pueden conseguirse más que a través de las organizaciones”.³⁹ Inclusive, la relación entre el ciudadano y el Estado, es decir, el ascenso de la sociedad hacia el Estado, es posible sólo a través de organizaciones. En este sentido, el Ombudsman o Defensor sería la única organización con posibilidades de mediatizar las demandas que se plantean sobre todos los ciudadanos no organizados.

El propósito de esta investigación es conocer sobre la figura de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Un recorrido previo a través de la historia del país, el desarrollo y las condiciones de organización del sistema de gobierno y de sus instituciones democráticas, la estructura y el funcionamiento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, serán el marco de referencia que nos proporcionará una idea sobre la realidad en la cual ha de actuar dicha figura. Además, al enterarnos sobre el proceso legislativo podremos visualizar las posibilidades reales de participación democrática de las minorías y de la ciudadanía en general, visto que es el medio a través del cual estos sectores pueden presentar alternativas para canalizar sus problemas y éstas ser consideradas y traducidas en instrumentos legales. Únicamente así

³⁸ *Ibíd.*, p. 66.

³⁹ *Ibíd.*, p. 129

podremos saber si efectivamente la autonomía institucional y el poder de coerción con los cuales lo dota la Constitución le permiten, al igual que a sus pares en otras latitudes del mundo, cumplir con los objetivos para los cuales fue creado. La pregunta que subsiste es cuál sería el rol que cumple el Ombudsman en el desarrollo y la consolidación de la democracia ecuatoriana, dado que fue difundido principalmente con el propósito de fortalecerla, promoviendo la observancia de los derechos fundamentales y humanos.

Interesante resulta sobre todo plantearse si, a través del procedimiento de recepción de las quejas y reclamos particularizados provenientes de la comunidad, el Defensor logra aunarlas y canalizarlas como demandas sociales concretas a través de sus informes al Parlamento o mediante sus gestiones directas dentro de los diferentes organismos del Estado o los responsables afines (*inputs*), y, de otra parte, también cumplir y complementar una doble función al responsabilizarse de proteger a las personas, dando solución caso por caso a los atentados contra sus derechos ciudadanos (*outputs*). Entonces estaríamos tratando con un actor político-constitucional, en los términos de la teoría organizacional, que cumple con dos funciones estratégicas desde una perspectiva o mentalidad sistémica y que pretende con su gestión ayudar al Estado a autodeterminarse, alimentándolo para responder a los estímulos ambientales, al tiempo que le permite “politizarse” y formular “su propia concepción de la realidad desde la cual pueda acometer más racionalmente el problema de la representación de intereses y controlar su “complejidad”.⁴⁰

40 Ibidem, p. 141

Capítulo II

Antecedentes históricos del Defensor del Pueblo en el derecho comparado

1. Derecho comparado. Leyes de los reinos de Indias

Sin el ánimo de pretender encontrar un antecedente histórico en América, resultaría sin embargo incompleto el objetivo de esta tesis pasar por alto la mención de alguna figura afín en el continente, y con más razón todavía en el Ecuador, que nos brinde un punto de referencia y permita objetivar la trascendencia de la figura jurídica a la que se refiere este trabajo.

La conquista española de América fue un proceso que al enfrentar a dos sociedades completamente distintas dio como resultado un elemento diferente, dinámico y generador de una nueva relación de un grupo hegemónico colonizador que funcionó en dos niveles —“lo que España representaba para la colonia, ésta lo representaba para las comunidades indígenas: una metrópoli colonial”— y que se impuso con sus leyes, normas, gobierno, economía, tecnología y, sobre todo, con sus propios patrones culturales.¹ La reacción de las comunidades indígenas a la imposición colonial fue variada, desde la traición, alianza y colaboración de ciertos señores étnicos,² hasta el suicidio, la huida, la confrontación armada y las sublevaciones.³ De igual manera, las medidas de control y represión coloniales también fueron variadas, ya que respondieron a varios factores, tanto de organización política como de interés económico. Sin embargo, lo que sí queda claro es el afán de la corona española por difundir e interiorizar en la colonia el sistema jurídico colonial, que aparte de servirles como un sistema estratégico y flexible para resolver los problemas y tensiones que podían llegar a extremos subversivos, también podía ser usado por los nativos en la defensa de sus intereses.

1 Rodolfo Stravenhagen: *Las clases sociales en las sociedades agrarias*, 1975, p. 244-245.

2 Waldemar Espinosa Soriano: *La destrucción del imperio de los incas: la rivalidad política y señorial de los curacazgos andinos*, Lima, 1973. Como principales aliados de los españoles, a quienes consideraban sus libertadores, figuran los huancas, cañares y chachapoyas.

3 Segundo Moreno Yáñez: *Sublevaciones indígenas en la Audiencia de Quito desde comienzos del siglo XVIII hasta finales de la Colonia*, Quito, 1978. Las características de las sublevaciones le permiten determinar cronológica y geográficamente el tema.

1.1. El protector de los Naturales

Como resultado de la gestión de Las Casas, Protector Universal de las Indias, enviado a América en 1516, y de la promulgación de las Leyes Nuevas de 1542, la corona implementó una política de defensa del indígena ampliando en las colonias el aparato administrativo; una de las instituciones que creó con ese fin fue justamente el *Protector de Naturales*. La *Recopilación de las leyes de los reinos de Indias* y otros estudios específicos sobre el derecho indiano⁴ nos permiten conocer los procedimientos jurídicos y las instituciones que procesaban los litigios entre indígenas y de éstos con otros grupos sociales de la Colonia.

El antecedente para la creación de esta institución de segundo orden deviene de la obligación real con respecto a los indigentes (ancianos, huérfanos, viudas, menesterosos) y de la concepción paternalista heredada de la tradición grecorromana. En Castilla, durante los siglos XV y XVI, existieron los abogados de pobres, cargo que fue ejercido gratuitamente por los funcionarios del Estado. El procedimiento de éstos era especial; considerados sus casos como de primera instancia, se dilucidaban mediante una audiencia sumaria.

Esta tradición de la metrópoli que se trasladó a América incluyó a otros grupos sociales considerados también como “miserables”,⁵ entre los cuales estaban los indios, que pertenecían a un rango subordinado, a una clase inferior,⁶ tenidos por “incapacitado[s] y, por lo tanto, necesitado[s] de tutela. Esta circunstancia los convirtió legalmente en menores de edad, en pupilos de la corona, quienes no podían participar en un contrato legal sin la aprobación de su guardián, que era en última instancia la corona”.⁷

1.2. El funcionamiento del Protectorado

Diana Bonnett⁸ distingue tres períodos en el funcionamiento del Protectorado de Naturales en la Audiencia de Quito. En el siglo XVI, la Iglesia, que ha-

4 Al respecto se pueden consultar varias obras como la de Carlos Sempat Assadourian: *Obispo Fray Bartolomé de las Casas. La condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia* (un escrito de 1545); Constantino Bayle: *El protector de indios*; Woodrow Borah: *Juzgado General de Indios del Perú o Juzgado Particular de Indios del Cercado de Lima y Juzgado General de Indios en la Nueva España*; y Bernard Lavallé: *Presión colonial y reivindicación indígena en Cajamarca (1785-1820) según el Archivo del Protector de Naturales*.

5 Juan de Solórzano y Pereyra: *Política indiana* (4 t.), Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1972, tomo I, pp. 417-429.

6 Federico González Suárez: *Historia general de la República del Ecuador*, vol. III, Quito, 1969-1970, pp. 1340-1344. La caracterización de la jerarquía de la sociedad en la época colonial se concebía en tres estratos: el primero lo integraban blancos, nobles, ricos propietarios que vivían de sus heredades, incluidas las órdenes religiosas; el segundo estaba constituido por mestizos, clase intermedia entre indios y blancos, en su mayoría pobres que vivían de sus oficios; finalmente la clase inferior, los indígenas, despojados de sus propiedades, vivían en su mayoría del jornal que recibían de sus patrones.

7 Karen Spalding: *De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú Colonial*, Lima, 1974, pp. 155-156. Su condición fue peculiar: obligados a pagar tributos y prestar servicios, reconocían la calidad de súbditos de la corona con la obligación de retribuir los beneficios de la civilización y evangelización.

8 Diana Bonnett: *El Protector de Naturales en la Audiencia de Quito, siglos XVII y XVIII*, Serie Tesis, FLACSO, Sede Ecuador, Cayambe, 1992.

bía tomado parte activa en el proceso colonizador, participó en principio de algunos cargos administrativos como el de Protector, conferido a los obispos. Al instituirse el Obispado de Quito en 1546, el título le fue conferido a un dominico, fray Francisco de San Miguel. Los conflictos que se dieron por las pugnas y superposición de poderes civiles y eclesiásticos terminó en la renuncia de éstos al cargo. En 1554, la corona ordenó que se transfiera el título a los fiscales de las Audiencias; la cédula real llegó tardíamente a Quito en 1582 y la reacción de los funcionarios fue de queja por el exceso de trabajo y la falta de remuneración por las nuevas obligaciones. Luego de la visita del virrey Toledo, éste dio cuenta de varias irregularidades y extorsiones hacia los indígenas —solicitadores o defensores que cobraban grandes sumas de dinero—, por lo cual se crearon los Jueces de Naturales con el fin de agilizar la justicia. El requisito indispensable era que las demandas fueran hechas a través del Defensor; los casos más importantes debían dirigirse directamente a la Audiencia.

El segundo período se caracteriza por la creación del nombramiento de oficio de Fiscal Protector, debido al gran número de conflictos que debían atender; en un principio el nombramiento se entregaba a quien donaba una suma generosa para hacerse cargo del título. Los resultados poco efectivos de su gestión obligaron al rey a cambiar la forma de su elección, cediendo el cargo a quienes tuvieran el interés real de ejercer el protectorado. Por falta de fondos para devolverlos a quienes habían hecho sus donativos, los cargos permanecieron inmutables hasta 1666, cuando se creó el cargo de Protector General; pese a las diferencias entre las autoridades de la Audiencia de Quito con respecto al Virreinato del Perú, se nombró a un protector interino hasta 1683, año en que el rey lo nombró directamente. Así se sucedió el cargo desde 1642 a 1776, en el cual el protector también mantuvo el título de fiscal, con las mismas prerrogativas. Este período, considerado como de “estabilización”, da cuenta del real funcionamiento del Protectorado de la Audiencia y de cómo las causas fueron ampliándose.

Para 1776 se suprime y a la vez se unifica el cargo de Protector General con el de Fiscal del Crimen de la Audiencia. Los agentes, que obligatoriamente debían ser abogados, fueron sustituidos por los agentes fiscales, pero al no poder desempeñar su función, tuvieron que ser restituidos a sus cargos los protectores legos. Los asuntos que trataron fueron de variada índole debido a la rápida transformación demográfica de que era objeto la Audiencia de Quito.⁹

9 Moreno Yáñez: o. cit., pp. 342-344. “En resumen y como un cálculo aproximativo, se podría afirmar que la población indígena, durante el enunciado período, osciló entre 200.000 y 250.000 dentro de la global de cerca de 500.000 habitantes. La dificultad para establecer un cálculo exacto [...] estriba en la falta de criterio claro y unánime por parte de la administración colonial sobre los límites [...], así como de la indeterminable movilidad demográfica de grupos indígenas fugitivos y especialmente ‘forasteros’. Hugo Burgos (1972, 486); Francisco José de Caldas (1933, 51); y Juan Romualdo Navarro (1950, 396-442)”.

1.3. Características, funciones, elección y destitución del Protector

Siendo el objetivo principal de la corona española el menguar los conflictos de la colonia mediante la acción administrativa y judicial oportuna, en las actas del Cabildo se pueden apreciar ya disposiciones de jurisprudencia procesal, las cuales dan razón de las características particulares que debían investir las personas que fungían en dicho cargo, que en muchos casos fue vitalicio o perduró hasta que el rey lo depusiera. Estos funcionarios debían ser “personas de edad competente y ejercer sus oficios con cristiandad, limpieza y puntualidad, según lo prescrito en las Reales Cédulas firmadas por Felipe II, en 1589 y en 9 de Abril de 1591 y por Felipe III en 17 de Octubre de 1614”;¹⁰ el monarca pedía encarecidamente que fueran personas celosas del bien de los indios, doctas y de buena conciencia, a las cuales se les diera cierta instrucción para su servicio. Sin embargo, como todos los cargos administrativos, el de protectores también estaba reservado para quienes poseían determinada condición social: no podían ser mestizos y tenían que ser titulados como doctores, licenciados o bachilleres. Puesto que en la colonia no había muchos letrados, aun entre quienes accedían al cargo había rangos o categorías. Los protectores generales, que se confunden en ciertas épocas con los protectores partidarios que actuaban en las diversas jurisdicciones de la Audiencia, eran nombrados por los primeros y con los defensores y los agentes o solicitadores de menor rango. Los protectores generales eran abogados titulados.¹¹

Las funciones del Protector básicamente eran las siguientes:

1) Los protectores podían enviar en su reemplazo a un Comisionado que visitara las poblaciones de indios, previa aprobación del gobernador o justicia mayor de la provincia; 2) los protectores o sus comisarios sólo podrían sentenciar causas que tuvieran un monto máximo de cincuenta pesos de oro, y dar condenas hasta de diez días de cárcel; 3) podían hacer informaciones sobre el trato que los gobernadores y sus oficiales daban a los naturales y remitirlas a la audiencia más próxima para que éstas administraran justicia; 4) las causas criminales entre los indios no podían ser conocidas por el protector sin antes haber sido estudiadas por el gobernador u otra autoridad civil (*Publicaciones*

10 Alfonso María Mora: *La conquista española juzgada jurídica y sociológicamente*, Quito, 1943, p. 48.

11 Bonnett, o. cit., pp. 32-33: “que debía estar presente en todos los acuerdos y juntas que tuvieran relación con los pleitos indígenas, con la atribución de nombrar solicitadores que acudieran a las causas, y protectores de partido para todo el distrito de la Audiencia que resolvieran casos de menor importancia, pero con posibilidad de llevarlos a apelación ante la Audiencia (ANH/Q. FE. C.13. L. 35, Doc. 1282, 1742, fs. 186-187. Traslado del nombramiento de don Juan de Luján y Bedia). [...] Los defensores eran miembros de los cabildos de las distintas áreas geográficas de la Audiencia, donde por algún motivo el protector general no había designado un protector partidario. [...] los agentes o solicitadores comisionados por el protector para responder en los pleitos [...] actuaban también como procuradores de hechos y de negocios [...] su conocimiento era tan sólo basado en la experiencia, actuaban como agentes de rango inferior y sin lugar legal en los tribunales, [...] tenían la función de intérpretes y de tomarles la razón de las peticiones para instruir al protector, [...] eran costeados por los propios naturales, quienes les pagaban dos reales por asesorarles en sus pleitos (ANH/Q. Ced. 14, No. 84, 19-X-1777, f. 404. Sobre el nombramiento de agentes fiscales)”.

del Archivo Municipal de Quito, T. II, Vol. 4, Libro del Cabildo 1548-1551: 161 a 163).¹²

Cabe enfatizar la obligatoriedad que tenían los funcionarios de enviar un informe periódico a las autoridades bajo cuyo control permanecían, como es el caso del fiscal del Consejo de Indias, debiendo hacer que se observara “invariablemente” todo lo proveído en beneficio de los naturales, conforme lo estatuido en la ordenanza real de agosto 28 de 1596.¹³ De igual manera es importante recordar el carácter de gratuidad que estableció “Felipe II, en Toledo, a 25 de Mayo de 1526. No del peculio de ellos, sino de la contribución de las Comunidades, se extraían los salarios de protectores, procuradores y escribanos que intervenían en las causas de los indios, *por no habérseles de llevar ningunos derechos*”.¹⁴ Les correspondía al fiscal, al abogado y al procurador velar por que el escribano no les cobrara más de lo dispuesto en el sistema de cobros, atendiendo en especial a aquellos que, comprobada su extrema pobreza, estaban exentos del pago.

1.4. *Procedimiento que se seguía en un juicio de indios*

Estos juicios se iniciaban con un memorial o petición que el indígena o el cacique hacía al protector partidario indicando claramente el motivo del litigio; éste debía estudiar el caso y considerar si existían o no pruebas para su defensa. El protector partidario reproducía la queja del indígena y conjuntamente con su memorial la presentaba ante el tribunal para que éste “diera lugar” al pleito. La queja se podía hacer directamente al protector general, si le correspondía, o por apelación a la Audiencia, en cuyo caso se entregaba también el auto. Las pruebas eran variadas, dependiendo del tipo de conflicto: escrituras, testamentos, declaraciones y testimonios en casos de pleitos por tierras; comprobantes, fe de bautismo, certificaciones médicas para las exoneraciones por tributos y de las mitas. Si el caso iba por apelación a la Audiencia, ésta podía pedir a las autoridades del Corregimiento una ampliación de pruebas documentales, observación o “vistas de ojos”. Los testigos debían primeramente contestar las preguntas generales de ley y luego el cuestionario que elaboraban los protectores en referencia al asunto del litigio. Una vez reunidas todas las pruebas, antes de emitir sentencia, la Real

12 Ibidem. p. 22.

13 Archivo Municipal de Quito, *Colección de Cédulas Reales 1563-1645*, t. I, vol. IX, Publicaciones del Archivo Municipal, Quito, 1935, p. 525. “[...] mi fiscal en mi Real Consejo de Indias, acudiendo a procurar el bien de los Indios, conforme a su obligación, [...] envíen relación muy particular de como se guarda lo proveído en el beneficio de los dichos indios y en que partes van en aumento y donde en disminución, el tratamiento que se les hace, si reciben molestias, agravios y vexaciones, de quien y en que cosas, si les falta doctrina a cuales y en que partes”.

14 Mora, o. cit., p. 48. Cf. (ANH/Q. FE. C. 54, L. 146, Doc. 4370; 1779, f. 129. Cobros por pleitos).

Audiencia pedía al fiscal, como representante directo de la corona, que emitiera su criterio proponiendo el fallo.

El procedimiento finalizaba con la sentencia, a la cual se podía también apelar en caso de inconformidad. La primera sentencia podía ser revocada o mantenerse la determinación del primer auto, con lo cual el asunto quedaba como “sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”. Una segunda apelación sólo existía en casos de suma gravedad. En algunos casos se daban diligencias finales realizadas por el protector para cerrar el caso, como por ejemplo, la reposición o entrega de los bienes en litigio. A pesar de la disposición expresa de que estos casos se resolvieran por vía sumaria, su duración tenía relación con la gravedad del conflicto,¹⁵ la cual muchas veces dependía de la rivalidad y superposición de poderes judiciales, administrativos y eclesiásticos que no tenían bien delimitada su jurisdicción, así como también de casos de corrupción.

Sin pretender que el Protector de Naturales sea un antecedente histórico directo¹⁶ del actual Defensor del Pueblo, la importancia de estudiarlo radica justamente en las similitudes que ambas instituciones presentan en su aplicación. Así por ejemplo, las demandas o memoriales podían ser presentados por los indios en particular, sus caciques o las comunidades. Se pretendía que el procedimiento fuera gratuito y sumario. En las ventajas, aunque limitadas a imponer la ley y el orden, llegaron en ciertos casos a denunciar desmanes, cuestionar la forma de dominación y pedir reformas. Las dificultades de su funcionamiento respondieron en su mayoría a conflictos de interés personal o de poder de los funcionarios que no podían ser controlados directamente por la corona. Cabe recordar que este título fue en una época adquirido por el mejor “donante”, lo cual no deja a salvo el presumir que, por sobre el interés de servicio que debía de caracterizar a este funcionario, estaba el de recuperar a cambio el dinero invertido en un cargo considerado de baja categoría y poca remuneración.

Ciertamente, la tarea fundamental de este funcionario fue la representación legal de la población indígena en los problemas de orden legal; de allí su nombre de *protector*. Con este supuesto, pero no con las garantías neces-

15 Bonnett: o. cit., pp. 70-73. Un estudio detallado y diacrónico acerca de las causas: regiones, condiciones sociales, asentamientos poblacionales, merma de la población e inclusive concientización de ésta, son algunos de los factores que incidieron en los tipos de conflictos “agrupados a fin de presentar un diagnóstico de la situación de los indígenas en la Audiencia: 1) los pleitos concernientes a la propiedad y posesión de la tierra; 2) los reclamos por abusos de las autoridades, tanto coloniales como nativas; 3) los conflictos por altas imposiciones fiscales con que se grava a los naturales”.

16 Serrano P.: o. cit. El autor opina que “sobre todo el hecho de que se lo haya identificado con el ineficiente paternalismo, originado en el desprestigio que con el transcurso de los siglos sobrevino al concepto cristiano de la caridad, así como también el que la institución aparecía como una exigua compensación a las grandes tribulaciones que los indígenas parecieron en la Colonia”, seguramente “han hecho olvidar a los juristas americano-hispanos de que el derecho de origen romano-hispano-godo también conoció, bien que mal, la institución que en los países nórdicos han llamado ombudsman”, p. 189.

rias de inmunidad, la situación en la cual se vio envuelto para poder imponer sus decisiones fue generalmente de presiones de poder contrapuestas; por ello, de los documentos históricos que conocemos no surge con certeza que este personaje haya constituido un verdadero y único remedio de garantía para la defensa de los indígenas, ni tampoco para garantizar el orden y la continuidad del sistema. Lo que sí nos muestran las investigaciones es que, pese a estas contradicciones, la población indígena recurrió, y cada vez con mayor incidencia, llevando sus pleitos ante los tribunales, lo que de alguna forma constituyó una barrera frente al abuso de autoridades y otros grupos sociales dominantes.

Vale recordar que el 60% de los casos representados por los protectores fueron sentenciados a favor de los naturales. Estudios posteriores concluirán si los procesos de independencia y estabilización de las nuevas repúblicas, al eliminar la protección indígena que se tenía en la Colonia mediante el derecho a Casos de Corte y la extinción del cargo de los Protectores, no han sido las causas que elevaron el nivel de desarraigo que hoy viven las comunidades indígenas.¹⁷

2. Naturaleza y evolución en Europa

2.1. Países escandinavos

2.1.1. Suecia

Suecia es el país donde nació la figura del Ombudsman. En el siglo XVIII, los reyes suecos tenían dificultades para controlar las actividades de sus funcionarios y se veían obligados a transar con la nobleza, la Iglesia y la burguesía, que buscaban imponerse en la asamblea representativa conocida como *Riksdag*. Esta situación política conflictiva predominó por más de cuatrocientos años en Suecia, hasta 1709, cuando Carlos XII tuvo que exiliarse en Turquía luego de la ocupación rusa. En Turquía¹⁸ conoció la figura de un Procurador Judicial que debía hacer cumplir a los funcionarios las leyes del islam. A su regreso, en 1713, el rey creó la oficina del *Justitiekansler* con la misma finalidad: hacer que los comisionados reales, cobradores de impuestos, jueces y otros funcionarios que actuaban en su nombre, cumplieran con sus obligaciones e hicieran cumplir la ley. La muerte de Carlos XII en 1718 significó el fin del absolutismo y el declinar de Suecia como una gran potencia.

17 Bonnett: o. cit, p. 138.

18 Al-Wahab, citado por G. E. Caiden (ed.), *International Handbook of the Ombudsman*, tomo I, Westport, Connecticut, 1983, p. 9.

En 1720,¹⁹ la nueva Constitución desplazó el poder político del gobierno y dio lugar a un gobierno parlamentario basado en la libertad y la democracia. En 1739, el Riksdag obligó al Canciller de Justicia a reportarse ante él; éste debía asegurar que los actos de la administración fueran legales, proteger a los ciudadanos para que no fueran objeto de los excesos de los funcionarios, investigar con celo las quejas de los abusos de poder de la administración y, si era necesario, iniciar acciones en su contra cuando el funcionario hubiera cometido actos de negligencia. Este procedimiento duró hasta que la cúpula del gobierno restauró la monarquía absolutista y dio fin a esta *Era of Liberty*.

La Constitución Sueca de 1809 reconocía el poder ejecutivo del rey y el control del Riksdag. Como una contraparte del Justitiekansler, que seguía dependiendo del rey, el Parlamento incorporó un *Justitienombudsman*. El Ombudsman²⁰ de la Justicia debía ser un individuo imparcial, letrado en derecho y con experiencia como juez. Era elegido a través de una comisión especial por el Riksdag con el fin de supervisar a los funcionarios de la administración pública como parte de la rama legislativa, no como el Canciller de Justicia, que pertenecía a la rama del Ejecutivo; por tanto, informaba sobre su labor al Parlamento y no al monarca.

Para comprender el papel que desempeña en la actualidad el Ombudsman en Suecia es importante que conozcamos cómo está organizada la estructura de gobierno, que se asemeja a la de cualquier otra monarquía constitucional de nuestro siglo. El rey no ejerce el poder político; sin embargo, toma decisiones importantes para el gobierno. Estas decisiones que él aparentemente toma son las de los consejeros de Estado o ministros del Gabinete, que son electos únicamente por el primer ministro. Éstos no tienen que ser necesariamente miembros del Parlamento, pero sí estar bajo su mandato. Los ministros no dirigen grandes cuerpos administrativos, de cuyo funcionamiento en última instancia sobrellevan la responsabilidad. La función que desempeñan es la de planificar más que de administrar; preparar proyectos de ley del gobierno o regulaciones que específicamente les encarga el Parlamento, promulgar directrices que guíen a los administradores, distribuir el presupuesto y, en muchos casos, afrontar materias de carácter administrativo que deben ser resueltas por el rey en el Consejo. Con excepción del Ministerio de Asuntos Exteriores, no son responsables de la administración que otros ejecutan, pero sí aseguran su influencia administrativa cuando deciden sobre las apelaciones. Los ministros están controlados directamente por el Parlamento, que incluso puede cuestionarlos

19 Alberto Pérez Calvo: "Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo", *Revista del Departamento de Derecho Político*, n° 4, otoño de 1979, p. 79.

20 El significado de la palabra en sueco se refiere a una persona que actúa como vocero o representante; aquel que cuida de los intereses de otro.

políticamente por actos administrativos de cuerpos que estructuralmente están subordinados a ellos porque sus presupuestos pasan a través de sus ministerios.²¹

La Constitución prohíbe al Parlamento investigar la conducta individual o general de la administración pública;²² lo que está permitido es discutir sobre los principios generales, para lo cual solicita al ministro —o éste lo hace por iniciativa propia— que cree una comisión investigadora de los problemas que requieran una nueva legislación. El informe de esta comisión de especialistas, que trabajan conjuntamente con el secretario nombrado por el propio ministro, puede tardar varios años, puesto que requiere del comentario y la deliberación de todos a quienes concierne. Finalmente, una vez aprobado, este informe dará forma a un nuevo proyecto de ley gubernamental.

Visto de esta forma, aparentemente ni el Parlamento ni los ministros ejercen un poder de supervisión de la administración pública. La mayor parte de la responsabilidad de llevar a cabo las políticas del gabinete, así como del cumplimiento de las leyes, recae en los Consejos Centrales de Administración, a los cuales les corresponde tratar sobre asuntos específicos; por ejemplo: prisiones, salud, seguridad social, agricultura o bienestar social. Cada consejo está dirigido por un director general nombrado por el gabinete; su cargo es indefinido o inclusive vitalicio; los miembros son los más antiguos funcionarios, que trabajan a tiempo completo, conjuntamente con representantes de sectores interesados, que lo hacen a medio tiempo. Los Consejos, sin embargo, no tienen acceso directo al Parlamento; tanto su presupuesto como las sugerencias de reformas legales vienen a través del ministro pertinente.

Teóricamente existe consenso y uniformidad en su labor, pero el consenso deviene de la recta aplicación de la ley, mientras la uniformidad de criterios responde sin duda al control político que ejerce el ministro. Los funcionarios suecos están obligados a aplicar la ley bajo su criterio y discrecionalidad; únicamente en casos concretos el Parlamento solicita al los ministros interpretar la aplicación de la ley. La administración civil, la judicial y aun los fiscales aplican la ley en igual forma; cada uno es responsable por la rectitud de sus juicios. Como es lógico, este sistema prácticamente individualista de ejercer la administración pública corresponde a una realidad diferente, en la que los servidores públicos y la sociedad en general están educados y conscientes para ejercer sus actividades con la más alta moral, haciendo honor al apelativo de la tenaz Suecia, *the stubborn Swede*, como se la conoce.

21 "El Ombudsman está obligado a iniciar y continuar el proceso que haya decidido el Comité Constitucional contra un miembro del Gobierno [...]" (artículo 10 de la Instrucción del Ombudsman).

22 Constitución sueca, artículo 90: "*matters relating to the appointment and removal of officials, the decisions, resolutions, and judgments of the executive or judicial authorities [...] shall in no case or manner be subject to consideration or investigation by the Riksdag, its chambers or committees, except as literally prescribed in the fundamental laws*".

Es común que los funcionarios busquen el consenso y no la discordia. Sus archivos, salvo raras excepciones, están siempre a disposición del público y de la prensa; aun los documentos que están en discusión pueden ser revisados por quien lo requiera. Puesto que cada funcionario aplica la ley a su parecer, los antecedentes y discusiones legislativas de cada proyecto de ley son cuidadosamente compilados, de manera que se reduzcan las posibilidades de duda. Inclusive hay ocasiones en las que las leyes disminuyen el alcance de decisión de los funcionarios dando instrucciones generales explícitas; esta virtud, que incrementa la rigidez administrativa, es a veces denunciada como “inflexibilidad burocrática”. Por último, los fallos administrativos están sujetos a la revisión del establecimiento oficial, como el Consejo Administrativo Central, o por apelación al rey en la figura del ministro.

Recién en 1909 Suecia creó la Corte Suprema Administrativa para atender efectivamente el incremento de las apelaciones, en su mayoría concernientes a pago de impuestos. Otra Corte Suprema para el Seguro Social también fue creada con el mismo fin. Mientras la decisión de estos altos órganos administrativos influye únicamente sobre el caso tratado, sus decisiones son altamente respetadas por la administración y reconocidas como doctrina.

Tanto las Cortes Ordinarias como las Cortes Supremas pueden aplicar el poder de la ley penal ordinaria a los funcionarios públicos, inclusive pedir su remoción luego de seguirse normalmente un juicio penal; pero en ningún caso pueden ordenar a un funcionario que rectifique sus actos cuando éstos constituyen interpretaciones autorizadas de aplicación de la ley; solamente pueden juzgarlo por haber violado la ley. Esta capacidad es más amplia de lo que aparenta, puesto que, cuando un funcionario es juzgado por un crimen de violación de sus obligaciones, negligencia, incompetencia, imprudencia o inexperiencia, está incumpliendo con un reglamento y con la naturaleza misma de su oficio.²³ Al ser encontrado culpable será castigado con la prisión, la suspensión o la dimisión, además del pago de daños y perjuicios. Este proceso puede iniciarse de forma particular, excepto cuando es en contra de un servidor de alto rango o un juez, en cuyo caso previamente el fiscal tendrá que emitir su criterio favorable para dar lugar a la demanda.

Los servidores públicos de bajo rango son procesados en las cortes de primera instancia, mientras que jueces y servidores públicos de nivel superior, como los directores de las administraciones centrales, gozan de fuero de corte y deben ser enjuiciados ante la Corte de Apelaciones. Los jueces de las Cortes de Apelaciones y los directores de ciertos Consejos de Administración Central son juzgados ante la Corte Suprema. Los ministros y los

23 Código Penal sueco, capítulo 20, sección 4.

miembros de la Corte Suprema son enjuiciados únicamente ante una Corte Especial de Demandas para altos funcionarios del Estado.

En este sistema de responsabilidad individual antes que institucional, la figura del Ombudsman es técnicamente perfecta. Actúa como un demandante contra las omisiones y errores cometidos por los funcionarios ante los tribunales. Sin lugar a dudas, está investido de un poder que le permite corregir cada error y dar una respuesta correcta a las dificultades que plantea el Estado moderno. La Constitución sueca²⁴ dice que, como un representante del Parlamento y estando a su servicio, él debe supervisar que se observen las leyes y los estatutos que deben ser aplicados por las cortes, los funcionarios y empleados públicos. La supervisión no implica impartir órdenes, ni rever decisiones o reabrir casos. Su función de supervisión está fundamentada en las atribuciones especiales que le concede la ley orgánica.

Durante la Primera Guerra Mundial,²⁵ Suecia decidió separar las funciones de supervisión de las autoridades militares y encargarlas a un Ombudsman militar, *Militieombudsman*, que desempeñó las funciones especializadas por separado hasta 1968, cuando ambas autoridades fueron nuevamente fusionadas y a cambio se crearon tres Ombudsman en la oficina del *Justitieombudsman* que debían distribuir sus competencias. Otra innovación que hizo el Parlamento fue nombrar a dos Ombudsman suplentes o de “reserva” para asistir a los tres funcionarios, sin estar encargados formalmente de atender a un sector específico del gobierno; éstos podían combinar sus funciones presidiendo como jueces en una de las cortes administrativas. Tal situación trajo consigo varios problemas administrativos. En primer lugar, los Ombudsman interinos no estaban plenamente comprometidos con la tarea. En segundo lugar, todos los Ombudsman tenían el mismo rango y, por lo tanto, debían coordinar entre ellos sus actividades de mediadores o coordinadores. Sumado a ello, también estaba el creciente número de casos que debían receptar, lo cual obligaba a una reorganización de la oficina del Ombudsman.

En 1972, el Parlamento nombró un comité para estudiar el problema, el cual recomendó una nueva organización y varias reformas a la Ley Orgánica del Ombudsman. El Parlamento²⁶ aprobó estas enmiendas en noviembre de

24 Constitución sueca, artículo 90: “supervise the observance of laws and statutes [...] by the courts and by public officials and employees”.

25 Víctor Fairén Guillén: *El Defensor del Pueblo, Ombudsman*, 1982, p. 119: “Ley de 19 de mayo de 1915”.

26 *Boletín de Legislación Extranjera de las Cortes Españolas*, n° 178, IV-VI, de 1969. El capítulo 12, artículo 6 del Instrumento de Gobierno de 1975 establece: “el Parlamento elegirá uno o varios *ombudsman* para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento observe, ejerzan su presión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El *ombudsman* podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instituciones especifiquen.

“El *ombudsman* podrá asistir a las deliberaciones de tribunales y autoridades. Los tribunales o autoridades administrativas, así como los funcionarios del Estado o de los municipios, deberán ayudar al *ombudsman* dándole los datos y los informes que necesite, y la misma obligación incumbe a las demás personas que se hallan bajo la supervisión del *ombudsman*. Los acusadores públicos deberán además prestar asistencia al *ombudsman* si éste la solicita.

“El Reglamento de la Cámara establecerá normas suplementarias sobre el *ombudsman*”.

1975 (*Riksdag Act*, capítulo 8º, artículo 10) y entraron en vigencia para la primavera de 1976. La elección se lleva a cabo en el Pleno del Riksdag luego de un proceso de “filtro”;²⁷ la Comisión de la Constitución, la que fundamentalmente propone a los Ombudsman, en el plazo de 30 días luego de su nombramiento designa una Delegación para el Ombudsman Parlamentario, la cual debe consultar con la Conferencia de Presidentes, previamente elegida por todos los partidos políticos.

En el nuevo esquema existen cuatro Ombudsman. Uno de ellos hace de jefe y director administrativo, coordina el trabajo de los demás y designa qué áreas de trabajo le corresponden a cada uno de ellos. Todos comparten la responsabilidad de cubrir las agencias de gobierno, tanto locales como centrales. Al jefe y director administrativo de la Oficina de Ombudsman le corresponden personalmente tareas tan delicadas como la de velar por la ley que asegura el acceso del público a los documentos oficiales en todo nivel del gobierno; también está encargado de los problemas causados por el procesamiento de datos, asuntos del personal del gobierno central y de los locales, y con casos de especial importancia. A los otros Ombudsman les corresponde supervisar las cortes de justicia, a los fiscales, la policía y las prisiones; otro se encarga de todo lo referente a impuestos y seguridad social y, el último, de supervisar a las fuerzas armadas y las áreas de la administración civil que no cubren los otros.

Dos son las facultades principales del Ombudsman: la de vigilar la correcta interpretación de la ley acorde a la justicia o a la legitimidad por parte de los funcionarios y la de acusar ante los tribunales las contravenciones o la falla discrecional que recepte y que atente contra lo que establece la norma. Estas facultades no le atribuyen el poder derogar decisiones administrativas ni judiciales, pero como acusador puede, ajustado a la legislación penal sueca, pedir que se adopten medidas disciplinarias como el cese o suspensión de empleo;²⁸ facultad ésta que se usa en los casos de mayor gravedad. La nueva legislación adoptada en 1975 limita la capacidad del Ombudsman de enjuiciar a los funcionarios, pero hace mayor hincapié en el derecho a establecer procedimientos disciplinarios. El método más recurrido es la amonestación o la crítica hecha pública, que tiene mayor proyección social.²⁹

Entre las tareas que está excluido de realizar se cuenta el investigar sobre las decisiones que toman las autoridades electas; éstas son los miembros

27 Fairén Guillén: o. cit., pp. 120-121.

28 Carlos Gallego Huéscar y Carlos García Solé: *El Defensor del Pueblo (competencias, procedimiento y derecho comparado)*, “Instrucción para el Ombudsman sueco”, artículo 6, párrs. 3º y 4º”, 1982, p. 133.

29 Nicole Questiaux, en Donald Rowat: *El Ombudsman, defensor de los ciudadanos*, México, 1973, p. 292: “Esto le da un toque muy moderno a la oficina, en los días en que la democracia reside en un contacto apropiado entre el individuo y el Estado, a través del Parlamento y a través de los medios de expresión masiva”.

del Parlamento, además de los cancilleres y los ministros, las autoridades gubernativas centrales y locales. Tampoco pueden considerar las acciones que toman los ministros de la Cámara. La razón por la cual les está vedada esta actividad es que la mayoría de las áreas del Gobierno Central sueco están administradas por un Consejo Administrativo y no se encuentran bajo el control directo de los ministros, como ya se dijo. Bajo el control del Ombudsman están el resto de los funcionarios ministeriales y, a partir de 1957, los funcionarios municipales —en este caso, sólo cuando se agote el control de las propias autoridades municipales.

También están bajo el control del Ombudsman el posible abuso de facultades que pueden ejercer los jueces, como las demoras en las resoluciones y sentencias, pero generalmente lo que éste investiga es el comportamiento del juez frente a un caso que está siendo investigado; no cuestiona los procedimientos, pero a veces sí investiga la sentencia. Cuando el Ombudsman enjuicia a un juez, lo hará ante la Corte Superior que él preside. Un particular interés surge de la capacidad que tiene el Ombudsman sueco para enjuiciar a altos funcionarios y jueces de las Cortes Supremas de Justicia y de la Suprema Corte Administrativa que han sido amonestados. Aunque estos casos son extremos, la ley permite que el Ombudsman los juzgue; puesto que no hay una corte superior a ella, él tendría que agotar los recursos de impugnación del juez.³⁰ Además entran también en su ámbito de control todas las personas que tengan que ver con nombramientos vinculados al ejercicio de una autoridad pública o con concesiones de servicios públicos. Finalmente, como novedoso, el *Justitieombudsman* controla la actividad de la Iglesia anglicana, religión oficial considerada también como un servicio público.

La ley le permite estar presente en las deliberaciones de las autoridades administrativas y de los tribunales; sin embargo, no se le permite que exprese su opinión ni que haga sugerencias.

El primer requisito que la Constitución sueca exige para ocupar el cargo del Ombudsman es de que sea una persona que tenga “habilidad legal conocida y una integridad notable”;³¹ a pesar de que desde el principio de la elección del Ombudsman generalmente se los escogió de entre los funcionarios judiciales, con toda la responsabilidad que tiene el Ombudsman sueco, la ley requiere que éste sea un abogado. La mayoría de ellos también han sido jueces, puesto que son funcionarios de carrera; en los términos de su for-

30 La mayoría de legislaciones, quizás excepto la de Finlandia, no dan esta potestad al Ombudsman, quien se limita a emitir un informe o llamar la atención al funcionario, pero pocos tienen la capacidad de tomar acciones disciplinarias contra los servidores públicos.

31 *The Constitution of Sweden*, an official English translation by Sarah V. Thorelli, 1954, artículo 96.

mación, tanto académica como de servidor público, esto significa que los temas y procedimientos de la administración pública no le son desconocidos.³² Es electo por los miembros de ambas cámaras, quienes tienen quince días para deliberar sobre su elección.

El sistema sueco ha tratado en lo posible de inmunizar al Ombudsman ante las presiones políticas. No tiene absolutamente ninguna relación con el Gobierno o el gabinete ministerial. Sus informes los tiene que presentar anualmente al Parlamento, con el que mantiene relación a través de la Primera Comisión de asuntos Legales, la cual está bajo la dirección de un miembro de la oposición. Los reclamos con respecto a su trabajo también son receptados a través de dicha Comisión.

La elección del Ombudsman es por un término de cuatro años y puede ser reelecto hasta por dos períodos más (doce años en total), lo cual es normal pero de ninguna manera significa que su elección sea vitalicia. Su salario es igual al que percibe un juez de la Corte Suprema. La experiencia y el prestigio recogidos son reconocidos de tal forma, que la mayoría de funcionarios que han ocupado este cargo pasan a ser luego jueces de la Corte Suprema o consejeros legales en el Parlamento.³³

Las reglas de la Ley de Instrucciones del Ombudsman sueco, en la sección 13, respecto a la organización, prevé que "sus empleados deben ser: secretario, directores de Divisiones de Investigación y otros funcionarios, de acuerdo con la lista de la plana mayor (*staff list; personalförteking*). Si es necesario y los recursos financieros lo permiten, los ombudsmen pueden nombrar otros miembros, así como peritos y consejeros; [...] además tiene[n] derecho a decidir que el cargo de jefe de Sección o de Subdivisión sean provistos sin que previamente se anuncie en público que están desiertos".³⁴ Sin embargo, el incremento del volumen de quejas³⁵ que se receptan, comparado

32 Este requisito para ejercer el cargo de Ombudsman es fundamental, puesto que permite asegurar en cierta forma la probidad y la capacidad que tiene dicho funcionario para ejercer el cargo. La diferencia es que en otros países, en primer lugar, la formación de abogado no incluye obligatoriamente la práctica dentro de las oficinas de la administración pública; en segundo lugar, el *pensum* académico tampoco incluye materias relacionadas con las ciencias sociales; y, finalmente, se considera obvio que sólo una persona que tenga la práctica y adquiera la experiencia dentro de la carrera administrativa sea quien pueda de mejor forma acercarse a los problemas y la realidad que de ésta emergen.

33 Frank Stacey: *Ombudsmen Compared*, Oxford, 1978, pp. 3-4. Como un ejemplo de la calidad de funcionario que ocupa el puesto de Jefe y Director Administrativo de la Oficina de los Ombudsmen, el autor cita al señor Ulf Lundvik: "*It was, in effect, a de jure recognition of a de facto leadership [...] which he had long possessed. His experience is unrivalled. [...] he was a Judge of the Supreme Court*" (fue en efecto un reconocimiento justo a un liderazgo de hecho [...] que él tenía. Su experiencia sin rivales [...] él fue un Juez de la Corte Suprema).

34 Fairén Guillén: o. cit., pp. 122-123; Stacey: o. cit., p. 12: "Cada uno de los Ombudsmen trabajan con un equipo de cincuenta personas de las cuales veintitrés son abogados y veintidós son secretarías y demás personal administrativo. Los abogados son profesionales calificados; cerca del cuarenta por ciento de ellos tienen experiencia en las cortes y el sesenta por ciento vienen de otras agencias y departamentos de gobierno".

35 Cabe anotar que en las cifras estadísticas que arroja el Informe Anual del Ombudsman al Parlamento, para el año 1975, el Ombudsman sueco realizó 2.293 investigaciones en un país donde la población era de alrededor de ocho millones de habitantes. Esto, junto con otras cifras en relación con el número de casos recibidos y solucionados, justifican sobremanera la existencia de un equipo de 50 burócratas que sí realizan su trabajo.

con el tamaño del equipo de trabajo, cada vez acarrea mayores problemas en cuanto a la eficacia con la cual aquellas deben ser atendidas.

La queja, *Klegomal*, tiene como únicos requisitos formales ser presentada por escrito, señalando el nombre de la autoridad a que se refiere, la actuación o resolución contra la que se reclama y la fecha, así como el nombre y la dirección del reclamante. De esta forma se asegura la facilidad de acceso y su economía.³⁶ El Ombudsman determina si la queja es justificada; el único criterio que utiliza es la lógica propia de la cuestión que se plantea, puesto que la legislación no exige el interés legítimo del reclamante. Muchas veces las quejas piden una explicación de las razones de una determinada decisión o una simple información que el Ombudsman proporciona sin necesidad de solicitarla a la autoridad contra la que se reclama.³⁷ Si la información que solicita le es denegada, puede imponer multas por negligencia.³⁸ El Ombudsman tiene acceso a los documentos y actas de las autoridades administrativas; con el mismo fin, los acusadores públicos deben prestarle asistencia incondicional.³⁹

Una de las facultades más extensas que tienen los Ombudsman es la tarea investigadora, sea por cuenta propia o bien como consecuencia de las quejas que recepta. Frecuentemente estas investigaciones surgen de los reportajes de prensa o de las denuncias que acogen los medios de comunicación. Su capacidad de investigación es ilimitada; el tiempo que debe emplear en la investigación, luego de la reforma de 1975, es ilimitado. Gracias a la extensa jurisdicción que posee para cubrir casi todas las áreas de los servicios de gobierno, su acceso a ellos y a la investigación de documentos importantes no puede ser denegada. También está dentro de sus posibilidades la de investigar en inspecciones periódicas⁴⁰ a las cortes, las oficinas de la administración, los hospitales, las prisiones, los cuarteles militares, los correos, etc., de las cuales también se derivan las investigaciones especiales que puede iniciar respecto a “promover prácticas adecuadas y uniformes en la aplicación de la legislación”,⁴¹ o inclusive hacer proposiciones concretas al Gobierno de cambios en la ley.

El procedimiento que el Ombudsman sigue para dichas investigaciones es claro; la mayoría de las veces se basa en material documentado y no necesita interrogar directamente a los servidores públicos. Para ello cuenta entre su personal con un agente de policía especializado; además tiene la ventaja del acceso a cualquier documento público y oficial, con la única limi-

36 Instrucción para el Ombudsman sueco, artículo 17, Párr. 2.

37 Bexelius, en Rowat: o. cit., p. 64.

38 Instrucción para el Ombudsman sueco, artículo 21.

39 Instrumento de gobierno, artículo 6.

40 Instrucción para el Ombudsman sueco, artículo 5.

41 Ibídem, artículo 6.

tación de que en sus reportes no puede hacer referencia a aquellos que conciernen la seguridad estatal. No necesita, además, proceder según el criterio de la persona que hace la denuncia: él debe investigar exhaustivamente lo que crea pertinente; luego, si el denunciante decide llevar el caso a la Corte, puede inclusive hacer uso del informe que emita el Ombudsman para iniciar el proceso.

La relación que mantiene con la prensa es fundamental para su trabajo. Los periodistas tienen acceso directo a los archivos del Ombudsman, así como a las denuncias diarias que se receptan. Indudablemente esta muestra de libertad y apertura también contribuye a crear la confianza del público, a pesar de que la prensa siempre tiende a dar mayor cobertura a las denuncias que a los informes.

Uno de los reparos más grandes que se hizo en un principio al Ombudsman es el hecho de que únicamente las personas con un nivel de educación superior tienen acceso a él;⁴² sin embargo, las evidencias que existen —para un país con un índice de analfabetos muy bajo— demuestran lo contrario. El Ombudsman sueco recibe la mayoría de las denuncias a través del correo; son pocos los casos en los cuales se las hacen personalmente. De estas denuncias, según informe del año 1971, también la mayoría son manuscritas y solamente unas pocas tienen la asistencia de un abogado. Por otra parte, una gran proporción de dichas denuncias proviene de sectores sociales medios; así por ejemplo, numerosas denuncias receptadas provienen de las quejas de convictos.

Los aportes que el Ombudsman sueco ha dejado con su experiencia también son muchos; de los propios diagnósticos que contienen sus informes anuales podemos deducir que el gran incremento de denuncias se debe a una creciente concientización de la sociedad sueca. No es motivo de asombro que en una “sociedad activa” donde existan grupos de presión, así como individuos comprometidos, se trate de buscar el progreso y el bienestar social. En la actualidad, el Ombudsman de la Justicia es más que un defensor de los ciudadanos; le compete resolver quejas públicas contra la burocracia antes que ver solamente los casos aislados de quejas contra los funcionarios. A través de las cartas recibidas, el Ombudsman ha acogido la problemática que resulta ser su preocupación actual: buscar las deficiencias que existen el

42 W. B. Gwyn: “The British P.C.A.: Ombudsman or Ombuds mouse?”, *Journal of Politics*, n° 35, 1973, p. 69. El autor hace referencia al caso de Inglaterra y a los datos que se obtuvieron en una encuesta pública en la cual solamente el ocho por ciento de la población sabía de la existencia del Comisionado del Parlamento, por lo cual argumenta en dicho artículo: “The benefits of an ombudsman reached only on the initiative of a complainant are bound to be enjoyed disproportionately by the affluent and well-educated as compared to the poor and ignorant”. (Los beneficios que logra el Ombudsman con la iniciativa de denuncia está ligado y beneficia desproporcionadamente sólo a los influyentes y bien educados a diferencia de los pobres e ignorantes). El sistema de acceso a las denuncias en Inglaterra difiere grandemente con respecto al de Suecia, lo cual hace comprensible el criterio negativo que se merece.

sistema administrativo para poder mejorarlo a través de recomendaciones y sugerencias.

Finalmente, en Suecia, también un ciudadano puede quejarse acerca del trabajo del Ombudsman; para ello existe un Comité Parlamentario Especializado en Derecho Constitucional, encargado de vigilar su labor y de proponer su destitución. La destitución de su cargo, en casos excepcionales,⁴³ debido a la pérdida de confianza del Parlamento es la sanción que la Constitución prevé para estos casos.⁴⁴

2.1.2. Finlandia

Hasta 1809 Finlandia estuvo bajo el dominio de Suecia; solamente luego de la Primera Guerra Mundial se convirtió en un estado soberano. Suecia retomó la figura del Canciller de Justicia, que data de 1812 y que durante la época de dominio ruso tuvo el nombre de *Prokurador*;⁴⁵ este funcionario organizativamente estaba ligado al Ejecutivo como la máxima autoridad para vigilar que no se cometieran actos ilegales o inconstitucionales. La Constitución de 1919⁴⁶ estableció el Ombudsman de acuerdo con el modelo sueco; en 1933, el Ombudsman tuvo la responsabilidad absoluta de investigar las quejas militares y de las prisiones para alivianar las funciones del Canciller de Justicia. La labor del Ombudsman en esta época fue de simple inspección, con lo cual las funciones de las dos autoridades se superpusieron; sin embargo, el Parlamento (*Eduskunnan*), que es el que lo elige, decidió mantener al Ombudsman (*Eduskunnan Oikeussuunnittelija*) como una figura distinta e independiente del Ejecutivo, del Poder Judicial y del sistema de control administrativo, con el fin de investigar las quejas, arbitrariedades y errores de los funcionarios a quienes puede acusar ante los tribunales.

El plazo de desempeño del cargo es de cuatro años; el Parlamento no puede destituirlo sino simplemente no reelegirlo. De acuerdo con el mismo procedimiento y por el mismo plazo debe ser elegido un Ombudsman asistente, el cual deberá sustituirlo si fuese necesario, y un diputado que, también si fuese necesario, asuma las funciones del *Assistant Ombudsman*.⁴⁷ A di-

43 Fairén Guillén: o. cit., p. 121: artículo 10, cap. 8 de la Ley del Riksdag.

44 En el sistema sueco no existe el control por parte del Parlamento, como lo hay en el caso de Inglaterra con respecto a las actividades del Parliamentary Commissioner. El Parlamento sueco confía en los informes anuales y en los resultados efectivos que percibe de su labor; al contrario, se piensa que este tipo de control puede acarrear conflictos e intereses de tipo político.

45 Kástari, en Rowat: o. cit., p. 59.

46 El artículo 49 de la Constitución establece que luego de cada periodo electoral, al igual que la elección de presidente del Parlamento, se debe elegir en la persona de un conocedor de las leyes y de conocida trayectoria al Ombudsman. Sus atribuciones, recogidas en la Ley Orgánica del Parlamento, artículo 59, son las de un órgano de control, encargado de vigilar la función judicial y ejecutivo-administrativa, así como de velar por los derechos básicos; esta capacidad es sobre todo relevante para los finlandeses, puesto que en la legislación no existe un órgano legislativo que directamente recepte las quejas ciudadanas, como es el caso de una Comisión de Peticiones.

47 Instrucciones para el Ombudsman Parlamentario y regulaciones de trabajo de la Oficina del Ombudsman finés.

ferencia de la regulación sueca, entre los funcionarios sometidos a su control están también los ministros, a los cuales sólo puede acusar una vez que el Parlamento lo autorice.⁴⁸ En igual forma, entre las atribuciones del Ombudsman finés está la capacidad de controlar a los jueces, miembros del Tribunal Supremo y del Tribunal Administrativo,⁴⁹ tanto en el cumplimiento de sus obligaciones legales como administrativas, puesto que él es la autoridad competente para ultimar los procedimientos.

En Finlandia, al igual que en Suecia, el Ombudsman tiene derecho a asistir a la reuniones y acceder a las actas del Consejo de Ministros y de los Tribunales y demás dependencias administrativas y entidades oficiales, pero en Finlandia, además, el Ombudsman puede opinar y hacer sugerencias, lo cual supone lo que podríamos llamar *prevención de la ilegalidad o del error*⁵⁰ de estas autoridades. Al igual que en Suecia, puede presentar al Gobierno observaciones y solicitar cambios sobre la legislación.⁵¹ Los medios de control y las inspecciones periódicas son iguales, pero obtiene asimismo estadísticas de casos referentes a los funcionarios y veredictos de los tribunales. Tiene la facultad de pedir a la Corte Suprema o a la Suprema Administrativa la anulación de decisiones legalmente obligatorias.⁵² Sin embargo, el Ombudsman en Finlandia presenta la misma tendencia que en Suecia: antes de hacer uso de sus funciones acusatorias, hace mayor uso de la publicidad para formular recriminaciones públicas.

Finlandia ha desarrollado altamente el sentido de corregir aquellas decisiones equivocadas que no están del todo extintas en la sociedad. Los miembros de la Corte Suprema Administrativa tienen la independencia y la capacidad que les confiere el poder de revisión, al igual que las Cortes Ordinarias tienen la capacidad de tratar los errores administrativos de toda índole. Para asegurar que esto ocurra, la Constitución finlandesa⁵³ estipula algo inusual: autoriza a iniciar una acción penal privada en contra de un funcionario público independientemente de la oficina del fiscal. Los funcionarios son personalmente responsables de sus errores, pero los afectados tienen la opción de demandar al Estado, el que tiene la capacidad económica de pagar los daños y perjuicios causados. Si el demandante no está satisfecho con el reembolso, puede demandar nuevamente el pago total, pero si ha recibido más de lo debido, el que tiene que rembolsar la diferencia al tesoro público es

48 Reglamento de Servicio del Ombudsman, artículo 4: "El Ombudsman tiene derecho a dirigir una advertencia al Gobierno si este mismo o alguno de sus miembros en sus funciones oficiales ha procedido de manera contraria a la Ley [...] Si su advertencia no es tomada en cuenta, puede informar al Parlamento sobre el asunto. Cuando el Parlamento decida levantar la inmunidad de un miembro del Gobierno, el Ombudsman puede acusarlo".

49 Reglamento de Servicio del Ombudsman finés, artículo 5.

50 Kästari, en Rowat: o. cit., p. 102.

51 Reglamento de Servicio del Ombudsman finés, artículo 8.

52 Kästari, en Rowat: o. cit., p. 113.

53 Finland Constitution, artículo 93.2.

el funcionario demandado. Los juristas piensan que de esta forma se refuerza la responsabilidad personal de cada funcionario. La pregunta que surge inevitablemente es si la figura del Ombudsman y del Canciller son necesarias habiendo tanta garantía legal, y es que en la conciencia del ciudadano la mera existencia de estas figuras es una confirmación del ejercicio pleno de la democracia.

2.1.3. Dinamarca

El Ombudsman General (*Folketingets Ombudsmand*) o Delegado General del Parlamento en Dinamarca data de la Constitución de 1853. Luego de la Segunda Guerra Mundial, la reforma de la Constitución de 1948⁵⁴ estableció por ley que el Parlamento (*Folketing*) debía designar a una persona que no fuera miembro del Parlamento para supervisar el sistema administrativo y de las fuerzas armadas. A pesar de que los argumentos para su creación fueron que la expansión excesiva de la administración lo requería, así como que era necesario un mayor control de la administración civil y militar del Estado, y sobre todo debido al hecho de que los tribunales ordinarios —ya que no existen los administrativos— no podían examinar el campo de la “potestad discrecional”⁵⁵ de las administraciones, la idea tuvo oposición de los políticos de los gobiernos locales y de los altos funcionarios, así como de ciertos grupos civiles que veían en ella únicamente un incremento innecesario de la burocracia.

El modelo implementado en Dinamarca se basó en el modelo sueco; los requisitos que la ley prevé para ocupar el cargo del Ombudsman son que éste tiene que tener formación legal, pero no necesariamente haber tenido práctica como juez. La elección del Ombudsman está a cargo del Parlamento y se realiza luego de cada período electoral. La reelección es factible y, más aún, es lo que se espera de quien ocupa el cargo. Su jurisdicción es casi tan amplia como la de sus antecesores, pero con ciertos ajustes. No tiene facultad de acusador especial ni resolutive como en Suecia y Finlandia: cuando encuentra una falta de responsabilidad administrativa puede ordenar a las autoridades correspondientes que inicien un procedimiento disciplinario y cuando encuentra responsabilidad criminal puede ordenar al fiscal que investigue o acuse.⁵⁶ Otra excepción es que no puede investigar las Cortes, porque se cree necesario que ellas mantengan la independencia, siguiendo el principio de la independencia de poderes. Puede sin embargo investigar a

54 Constitución danesa, artículo 55, desarrollada por la Ombudsman Act. de 11 de septiembre de 1954.

55 Pedersen, en Rowat: o. cit., p. 76.

56 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 9.

los ministros en sus funciones de jefes departamentales, sin perjuicio de que, cuando encuentra responsabilidad penal o civil, pueda recomendar al Parlamento su enjuiciamiento dentro de la responsabilidad política de la cual es directamente responsable. Esta diferenciación se debe al tipo de sistema gubernamental centralizado, diferente del sueco en el cual las decisiones las toman los Consejos Administrativos.⁵⁷ A pesar de la oposición, desde 1962 el Ombudsman adquirió poder para investigar algunas de las actividades de las autoridades locales que no tienen relación con el Gobierno central; puede investigar las decisiones de los funcionarios o las quejas sobre el poder de planificación de las autoridades locales y cuenta con un poder limitado para investigar las decisiones que toman los Consejos Municipales.

Gracias a una ley reformativa de 1959, su poder también está limitado a investigar una queja, hasta cuando la persona perjudicada no haya agotado todos los medios legales disponibles y haya apelado ante las autoridades superiores, o cuando exista recurso ante una autoridad administrativa superior.⁵⁸ Por supuesto, esta decisión redujo el número de casos que podía recibir, pero el hecho de que deba excusarse de hacerlo no significa que desconozca de ellos y pueda investigarlos de oficio.⁵⁹ Él está en la obligación de indicar el procedimiento y la dirección que debe seguir la persona perjudicada. La queja no exige ninguna formalidad, pero sólo puede interponerse dentro del año siguiente de su motivación; el reclamante no necesita legitimación propia. Otra gran limitación es la falta de acceso que tiene para solicitar documentos oficiales, sobre todo de orden interno. En el momento de criticar las decisiones de las autoridades administrativas que considera irracionales, debe actuar con discreción;⁶⁰ solamente puede hacerlo citando los conocimientos de expertos en la materia que lo apoyen o en caso de que exista suficiente material documentado. Si considera que una decisión es objeto de duda en materia legal, debe recomendar que vaya a la Corte o que se le proporcione asistencia legal. Mayor libertad tiene para opinar sobre fallas en el procedimiento administrativo, donde recomienda qué cambios deben hacerse.

Los métodos de investigación que utiliza se asemejan a los del Ombudsman sueco. Cuando el caso es una falla en el comportamiento administrativo, el Ombudsman inicia su acción basándose en un documento; así por ejemplo, cuando recibe el original de una carta de demanda a un determinado departamento o funcionario, lo que hace es escribir directamente y solici-

57 Véase derecho comparado: Suecia, sistema de gobierno. Además el territorio de Dinamarca comprende cerca de quinientas islas de las cuales aproximadamente cien están inhabitadas. Existen más o menos mil cuatrocientos gobiernos locales financiados por el gobierno central, que provee directamente de cortes, policía y red vial. Los fondos públicos, así como la administración, dependen directamente del Ministerio del Interior.

58 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 6, Párr. 3°.

59 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 6.

60 Véase Derecho Comparado: Inglaterra: Comisión Whyatt.

tar el documento o mayor información si así lo requiere el caso. El procedimiento, por lo general, es llevado a través del correo y del intercambio de documentos, pero hay casos en los cuales es necesario un careo. Esto ocurre cuando las demandas conciernen a decisiones tomadas por un ministro sobre leyes o regulaciones; entonces es importante una discusión personal entre los funcionarios y sus representantes. El Ombudsman tiene amplia libertad para investigar los casos que crea necesarios por su propia iniciativa o usando las mismas fuentes de referencia de su par sueco, como artículos de prensa y denuncias de otros medios. Puede investigar también a las instituciones estatales —hospitales, prisiones, orfanatos y otras casas de asistencia.

El personal que trabaja con el Ombudsman es limitado y comprende dos secciones: investigadores calificados con formación legal y un equipo de secretarios de los cuales algunos inclusive trabajan a medio tiempo.⁶¹

La prensa está siempre en contacto con la oficina del Ombudsman; tiene acceso directo a los documentos y los casos de interés que surgen cada semana. Desde 1970 una nueva ley permite a la prensa y al público en general tener acceso directo a los documentos oficiales; sin embargo, dicha disposición no se aplica para el Ombudsman, quien no puede proporcionar los nombres de las personas implicadas. Esta prohibición inclusive la debe guardar en los informes anuales, como también en los especiales. Estos informes son de particular importancia para el Comité Especial del Parlamento, el cual hace una evaluación de su trabajo e informa a la vez al Parlamento, sobre todo cuando el Ombudsman recomienda cambios legislativos. El promedio de informes especiales que el Ombudsman hace por año es de ocho. Puesto que tiene prohibido publicar los nombres de los implicados,⁶² éste espera que la prensa no los revele cuando publica el material que recoge de su oficina. La prensa lógicamente respeta esta disposición, hasta cuando los casos se vuelven de interés nacional y se conoce a los implicados. Los informes finales que el Ombudsman emite y comunica a los demandantes también pueden ser difundidos si éstos así lo disponen.

Los informes que el Ombudsman presenta son estudiados por una comisión especial del Parlamento que hace el seguimiento de las recomendaciones de aquél; de esta forma sabe si se han implementado sus sugerencias. Los informes también sirven muchas veces de base para las discusiones entre los comités especiales del Parlamento y los ministros. Sin embargo, de la ya larga tradición democrática del Folketing y del servicio regular de atención al público que éste mantiene una vez a la semana para consultas y preguntas sobre derechos constitucionales, no existe la tradición ciudadana de dirigir

61 Stacey: o. cit., p. 24. Estos datos estadísticos corresponden al año de 1977.

62 Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 8. A diferencia de Suecia, debe guardar secreto sobre las informaciones de la investigación.

las quejas al Gobierno a través de los parlamentarios. En esta medida, y a pesar de la limitación señalada con respecto a Suecia de cuestionar a los jueces y de agotar todas las instancias antes de recurrir a su ayuda, la institución ha tenido mayor aceptación y un desarrollo satisfactorio, sobre todo gracias a la publicidad de sus opiniones y la resonancia de éstas en el Parlamento.

2.1.4. Noruega

El primer Ombudsman que tuvo Noruega data de 1952; fue el Ombudsman de las Fuerzas Armadas.⁶³ Posteriormente, en la Constitución de 1962,⁶⁴ surgió el Ombudsman para la Administración, cuando un legislador consideró su creación basándose en el modelo danés. En la actualidad los caracterizan importantes diferencias surgidas de la práctica. El Parlamento (*Storting*) elige al Ombudsman luego de cada elección general por un período de cuatro años, después de los cuales puede ser reelecto.

Su independencia del Parlamento tiene una limitación, y es que éste puede obligarlo a investigar un asunto concreto sobre el cual deberá emitir un informe para su discusión.⁶⁵ El motivo de la investigación se sale de sus principios cuando responde a razones políticas y no estrictamente legales, además de que su criterio será sometido a deliberación. Los requisitos para el puesto son los mismos que debe reunir un juez de la Corte Suprema; aparte de su capacidad, es primordial que el postulante tenga una calificación con honores, la cual obtiene solamente el cuarenta por ciento de los estudiantes de leyes.

Su jurisdicción comprende la administración central, con excepción, al igual que el modelo danés, de las cortes. El Ombudsman noruego está capacitado para investigar el trabajo de los servicios de seguridad social, la policía y las industrias estatales como el ferrocarril; además puede investigar las decisiones de los ministros y las quejas contra los Tribunales Administrativos. Sobre todo cuando estas quejas se refieren a retrasos en los procedimientos, prosiguen inmediatamente sin necesidad de esperar el paso por otras instancias; pero cuando se refieren a quejas sobre el comportamiento personal de los funcionarios, un policía o un director de escuela, el Ombudsman tiene la obligación de rechazar el caso y de remitirlo en primer lugar a las autoridades superiores o a las competentes —al igual que el Ombudsman danés—, esperando que este tipo de quejas administrativas agoten todas las instancias posibles.

Inicialmente tampoco estaba capacitado para investigar las quejas con-

63 Véase el cap. III, Los Ombudsmen sectoriales: el Ombudsman militar.

64 Enmendada por las del 22 de marzo de 1968 y del 8 de febrero de 1980.

65 Audvar Os, en Rowat: o. cit., p. 146.

tra las autoridades locales, pero desde la reforma de 1969 puede investigar ciertos servicios que prestan los gobiernos locales en las áreas de salud, planificación y educación, pero no puede opinar sobre las tasas o impuestos prediales.

Con respecto al criterio que puede emitir sobre las decisiones de los funcionarios, el Ombudsman noruego está habilitado a opinar en forma discreta y prudente cuando una decisión es considerada manifiestamente irracional; puede opinar acerca de si la autoridad ha considerado todos los factores para tomar dicha decisión, si dichos factores son los pertinentes, o si la decisión está tomada conforme a la ley y a los límites que ésta prescribe.

En el proceso de investigación de las denuncias, todos los documentos públicos, con excepción en ciertos casos de los memorandos internos,⁶⁶ deben ser puestos a disposición del Ombudsman. El procedimiento de investigación de la oficina, una vez que se ha establecido su competencia, es recibir los documentos junto con la contestación del demandante a los comentarios previos hechos por la institución que los receptó en primer lugar. El Ombudsman los revisa y solicita a su equipo de trabajo realizar la tarea intermedia de tramitarlo; luego, con toda la información que recoge su equipo de trabajo, emite su informe final al denunciante para que éste lo considere.

Las denuncias, según disposición legal, deben ser presentadas por escrito y sólo la puede interponer el interesado dentro del plazo de un año desde que ocurrió el hecho que motiva la queja.⁶⁷ La oficina del Ombudsman tiene la obligación de asistir a todas las personas que necesiten su ayuda para redactar sus quejas por escrito cuando éstas lo solicitan, pero debido a la imposibilidad de llegar a ciertos lugares distantes se dispuso, en forma experimental en 1975 y definitiva en 1976, que los abogados deben ayudar gratuitamente a las personas que necesiten elevar una queja al Ombudsman.

Como en Suecia, Finlandia y Dinamarca, el Ombudsman noruego tiene plena libertad de iniciar cualquier investigación por su propia cuenta o como resultado de alguna noticia que ha recibido a través de los medios de comunicación. Sin embargo, no realiza inspecciones periódicas a las instituciones locales; cuando lo hace es únicamente porque lo requiere para alguna investigación que está llevando a cabo.

La Ley de Publicidad de la Administración, expedida en 1970, permite a todo ciudadano examinar los documentos públicos en las oficinas gubernamentales locales y centrales de información, con la excepción de ciertos datos

66 Al respecto se pueden observar dos comportamientos opuestos; mientras el Departamento de Comunicaciones —que comprende correos, telégrafo, navegación y embarque interno y ferrocarriles— no duda en enviar todos los documentos, incluidos los memorandos internos, el Departamento de Justicia es el menos recíproco o el más estricto al momento de cooperar.

67 Ley noruega del Ombudsman, artículo 6.

concernientes a impuestos, defensa, política exterior y memorandos internos. El Ombudsman está exento de esta ley y por lo tanto no se encuentra obligado a permitir el acceso de la prensa a sus archivos ni a revisar sus documentos. No obstante, por iniciativa personal del Ombudsman y con el objeto de publicitar su trabajo, desde 1971 éste comunica a los miembros de la prensa los resultados de los casos que ha conocido. Los periódicos pueden publicar la información, siempre respetando el deseo del Ombudsman de no publicar los nombres de los implicados.

El Ombudsman emite un informe anual al Parlamento. Además de una relación de sus actividades, también hace un resumen de cada uno de los casos resueltos en el año. En estos casos omite los nombres de los servidores públicos y de los denunciantes, pero sí identifica la oficina o el departamento de gobierno al cual se refiere la denuncia. La recepción y discusión del informe está a cargo de la Comisión Legal.

La oficina del Ombudsman está compuesta por un jefe de oficina, un asistente legal principal, abogados que procesan los documentos pero no llevan por sí solos los casos y un equipo de secretarios.⁶⁸

2.2. Resto de países de Europa y su difusión por el mundo

2.2.1. Inglaterra

Frank Stacey⁶⁹ señala que fueron dos las ideas básicas que dieron origen al *Parliamentary Commissioner* del sistema inglés. En primer lugar, en 1961 el Comité de Justicia⁷⁰ emitió el informe *The Citizen and the Administration. The Redress of Grievances*, que se conoce más bien como el informe Whyatt (*Whyatt Report*). En segundo lugar, surge la experiencia de trabajo de la oficina del Contralor y del Auditor General llevada a cabo dentro de la oficina del Comisionado del Parlamento. Un antecedente lo constituye el Comité Franks sobre Tribunales Administrativos e Indagaciones (*The Franks Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*), que en su informe de 1957 ya preveía la necesidad de implementar un equipo para reparar el daño causado por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando no existía una estipula-

68 Stacey: o. cit., p. 24. Estos datos estadísticos corresponden al año de 1977.

69 Ibidem, pp. 123-175. Los cuatro primeros años de funcionamiento del *Parliamentary Commissioner for Administration* fueron descritos en su libro *The British Ombudsman*, 1971. Un estudio posterior al que hace referencia también es el libro de Roy Gregory y Peter Hutchesson, *The Parliamentary Ombudsman. A Study in the Control of Administrative Action*, 1973.

70 Ibidem, p. 123. El informe de este Comité fue aprobado y publicado por el Consejo de Justicia, que es un grupo de influencia conformado por abogados de varios partidos políticos que trabajaron en las reformas que promovieron los reglamentos legales y las libertades individuales. Sir John Whyatt fue el director de la investigación; el presidente del Comité fue Norman Marsh, que en ese tiempo era director del Instituto Británico de Derecho Comparado; sir Sydney Caine, director del Colegio de Economía de Londres y otros notables juristas también conforman la delegación inglesa a la Comisión Internacional de Juristas.

ción para apelar a los tribunales ordinarios o por no existir un Tribunal Administrativo.⁷¹

Este comité, encabezado por F. H. Lawson, profesor de Derecho Comparado de la Universidad de Oxford, ya había considerado la institución del Ombudsman como una alternativa válida. El Informe Whyatt, previniendo que durante un gobierno conservador cualquier propuesta radical habría sido denegada, diseñó una reforma “moderada”, con más posibilidades de ser aceptada. El resultado fue el Comisionado del Parlamento (*Parliamentary Commissioner*), quien se encargaría de investigar exclusivamente las quejas de los ciudadanos transmitidas a él a través de los miembros de la Cámara de los Comunes y de los Lores. No insistieron en facultarle la libertad de acceso a todos los documentos públicos, como en el caso del Ombudsman de Dinamarca, ni tampoco en concederle el poder del Ombudsman sueco de cuestionar las decisiones de las autoridades públicas; pero sí propusieron que concomitantemente se crearan tribunales de apelación en las más importantes esferas de actividad del gobierno. De no ser posible la creación de tribunales especializados, se debería contemplar un tribunal general que las cubriera. Por último, sugirieron que este sistema debía ser revisado luego de unos cinco años, con el fin de considerar el acceso directo del público.

Un año más tarde el Gobierno contestó rechazando el proyecto. Señaló que interferiría seriamente con el ágil y eficiente procedimiento de los asuntos públicos y que, de otra parte, extender el sistema de tribunales administrativos daría lugar a falta de flexibilidad y retrasos en la administración.⁷² Gracias a que en 1964 el Partido Laborista⁷³ adoptó como su manifiesto y plataforma de lucha para las elecciones generales la creación del Comisionado del Parlamento, la idea se mantuvo. Una vez en el Gobierno debió poner en acciones su propuesta, para lo cual se encargó al ministro del Gabinete redactar su ley orgánica. Un gran número de representantes de los ministerios se hicieron presentes para objetar su inclusión, y a pesar de que el Partido Laborista asumió su responsabilidad, la Ley finalmente incluyó varias excepciones⁷⁴ que fueron motivo de fuertes críticas cuando se debatió en el Parlamento.

El *Parliamentary Commissioner for Administration* inició sus funciones en

71 Marshal, en Rowat: o. cit., p. 174.

72 H. C. Deb: Vol. 666, Col. 1124, citado por Stacey: o. cit., p. 125.

73 Labour Party: *Let's Go with Labour for a New Britain. Manifesto for the 1964 General Election*, p. 3. “Labour has resolved to humanise the whole administration of the state and to set up the new office of Parliamentary Commissioner with the right of duty to investigate and expose any misuse of government power as it affects the citizen”.

74 La Ley Orgánica del Comisionado del Parlamento Británico de 1967 incluye una lista de casi todos los departamentos del Gobierno Central y otras autoridades que no están dentro de su jurisdicción; y, por su fuera poco, adjunta otra lista de materias y asuntos que tampoco pueden ser investigados por éste. Así por ejemplo, a pesar de que la Oficina de Asuntos Exteriores estaba ya incluida en la primera lista, en la segunda prohíbe explícitamente intervenir en las decisiones que tomen los funcionarios oficiales en el exterior.

1967, mediante la “ley por la que se dispone el nombramiento y entrada en funciones de un Comisionado del Parlamento para investigar la actividad administrativa que se desarrolla en nombre de la Cámara y por los objetivos que guardan relación con ella”. El nombramiento y la duración del mandato prácticamente indefinida de este funcionario son peculiares para el caso de Inglaterra y no coinciden con los límites habituales observados dentro del derecho comparado de otros países en Europa.⁷⁵

Posteriormente algunas otras leyes subsidiarias han ido reformando esta disposición. Es el caso de la Ley de Reorganización del Servicio Nacional y la del Servicio Escocés de la Salud, de 1973 y 1974 respectivamente, y la del Comisionado Local para la Administración de Inglaterra, Gales y Escocia, de 1974 y 1975; sin embargo, muchas otras todavía permanecen excluidas.

Otra característica importante que diferencia al Comisionado del Parlamento inglés de los otros Ombudsman es la capacidad investigadora. Mientras que para la mayoría ésta es una labor que se debe realizar *ex post facto*, la conducta del funcionario inglés está explícitamente limitada en la ley, que sostiene que la autoridad, el departamento o la persona comprometida en la queja debe tener la oportunidad previa a la investigación de comentar o alegar los términos de la demanda. La argumentación en favor de la eficacia, rapidez y economía de esta vía es que de esta forma se asegura una reposición inmediata sin tener que alertar y movilizar a todo un cuerpo de investigación; y cuando se vuelve imperioso iniciar la investigación, se hacen excepciones, como es el caso de un término que va a prescribir. La clase de investigación que está a cargo del Comisionado es extremadamente técnica; para ello moviliza a su propio departamento de investigaciones a fin de examinar los archivos e investigar a las personas involucradas, al contrario de lo que ocurre con los otros Ombudsman, que tienen un acceso indirecto a los archivos por la vía de solicitar la información y únicamente en casos extremos entrevistan directamente a los funcionarios.

Todo el personal con el cual trabaja el Comisionado está compuesto de funcionarios administrativos de carrera, sustraídos de otros departamentos de gobierno en comisión de servicios por períodos de tres años y organizados según el mismo modelo de la oficina del Contralor y del Auditor General, en el entendido de que los mejores para investigar a los funcionarios son los mismos servidores públicos, conocedores y expertos en la administración

75 Ley del Comisionado Parlamentario inglés, de 22 de marzo de 1967, artículo 1: “[...] 2. Por medio de las Cartas Patentes, Su Majestad podrá periódicamente nombrar Comisionado a una persona determinada, la cual, una vez nombrada de este modo, conservará su cargo (con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo) mientras observe buena conducta. = 3. Toda persona nombrada Comisionado podrá ser relevada de su cargo por Su Majestad a petición propia, o bien podrá ser removida por Su Majestad en virtud de una moción de ambas Cámaras del Parlamento. Dejará en todo caso vacante el cargo al finalizar el año de servicio en que cumple los sesenta y cinco de edad”.

y en las falencias de los departamentos en los cuales fueron previamente empleados.⁷⁶ La oficina del Comisionado tampoco tiene ningún abogado entre su personal; para el asesoramiento legal cuenta con el agente del Tesoro que asesora al Gobierno, y para asuntos legales más específicos, con los abogados de la Corona.

Para el *Parliamentary Commissioner* inglés –al igual que para el *Médiateur* francés, que veremos luego–, resulta más difícil hacer público su trabajo y darse a conocer entre los ciudadanos debido a la falta de acceso directo al público; sin embargo, como en el caso de Francia, el Comisionado ha hecho buen uso de su capacidad y obligación de presentar un informe anual⁷⁷ de actividades con el resultado de su gestión en cada uno de los casos individuales que conoció. A pesar de tener que guardar el anonimato, ha aprovechado esta información para publicitar sus actividades en ediciones especiales que ha puesto en circulación estratégicamente a través de los medios de comunicación, sin dejar que se pierdan en manos del ministro a través del cual conoció el caso. Cabe mencionar aquí también el poder que tiene de preparar un informe especial para presentarlo al Parlamento cuando crea estar ante un caso de injusticia que no ha sido debidamente atendido.

Pero sin lugar a dudas el organismo que desempeña un papel fundamental para poner de relieve la importancia del trabajo del Comisionado es el Comité Selecto de la Cámara de los Comunes (*House of Commons Select Committee on the Parliamentary Commissioner*), encargado de examinar sus informes. Este Comité está compuesto por miembros representativos de las fuerzas políticas que integran la Cámara de los Comunes; la persona que lo preside, al igual que quien lo hace en el Comité de Cuentas Públicas y el de Instrumentos Legales, es siempre de la oposición. La idea detrás de ello es asegurar que los comités relacionados con materias constitucionales vigilen objetivamente que los derechos de los ciudadanos sean en cierta forma resguardados desde un punto de vista diferente al del gobierno. Una vez que el Comité recibe el informe, lo somete a análisis; el Comisionado puede estar presente y aportar más evidencias. El resultado de su gestión siempre ha sido positivo para el Comisionado, quien ha encontrado en él a su mejor aliado para apoyarlo y ayudar a que sus sugerencias sean implementadas en los diferentes departamentos administrativos donde han sido formuladas. Su aporte ha sido siempre constante, tratando de influir para lograr que su capacidad investigadora y su jurisdicción sean más amplias; inclusive han

76 Sin lugar a dudas, un equipo conformado de esta forma también puede ser un peligro, puesto que su punto de vista inevitablemente será subjetivo e inclinado hacia la opinión de la administración pública.

77 The Parliamentary Commissioner Act, 1967, section 10, subsection (4): “[The Commissioner shall make an annual report to Parliament on the performance of his functions and] may from time to time lay before each House of Parliament such other reports with respect to those functions as he thinks fit”.

planteado que para la elección del Comisionado del Parlamento ellos deberían ser un órgano de consulta acerca de la probidad de los candidatos.

Ciertamente, varias han sido las objeciones que se le han hecho al Comisionado del Parlamento, la mayoría buscando recalcar la necesidad de que esta institución mantenga independencia de la administración pública, ya que sería la única forma de lograr la confianza de la ciudadanía en la imparcialidad de sus juicios. Por otro lado, la necesidad de que los ciudadanos puedan acceder directamente a él, ya que sería la forma de incrementar el número de quejas, de mejorar el servicio y de proponer cambios y soluciones inmediatas. Pero las críticas a las limitaciones que presenta el Comisionado Parlamentario inglés para la Administración tienen que ver con la naturaleza misma de la figura:

[...] el *Parliamentary commissioner for the Administration* inglés no es un *ombudsman* —en el sentido propio, noreuropeo de la palabra, de la que se ha “apoderado” el vulgo inglés—, siempre con el debido respeto a las personas que ocupen tal cargo, es, a la sumo un “*miniombudsman*”. [...] Oprimido —mejor “comprimido”— entre los dogmas ingleses tradicionales, de la indiferencia —y gran *auctoritas*— del Poder Judicial y sus componentes personales; de la fuerza del Parlamento —que puede destituirlo— y el propio Gobierno —que quizás es el mismo que lo nombró—, su esfera queda, lógicamente disminuida.⁷⁸

Inclusive las observaciones van más allá de la configuración misma de las características del Ombudsman, comprometiendo al sistema de gobierno parlamentario de este país.

Parece evidente que Gran Bretaña ha adoptado el plan en una forma innecesariamente incompleta. [...] Dado el gran entusiasmo que tenía el Partido laborista por una institución fuerte antes de que ascendiera al poder, podemos concluir que este caso ilustra un defecto serio del sistema parlamentario de gobierno: en virtud de que el Poder Ejecutivo presenta todos los proyectos de ley importantes, y dado que domina la legislatura, éste se encuentra en una posición fuerte para oponerse a cualquier disposición que pueda limitar sus propias atribuciones.⁷⁹

Si bien la estructura de gobierno se ha mantenido, así como el procedimiento para acceder al Comisionado Parlamentario para la Administración inglés, es necesario reconocer que muchas áreas de servicio social han sido fortalecidas a través de la creación de nuevos tipos de Ombudsman, cada vez con mayor jurisdicción y poder. Por citar un ejemplo, el Ombudsman del

78 Fairén Guillén: o. cit., p. 149.

79 Rowat: o. cit., p. 20.

Servicio Social,⁸⁰ que investiga las quejas de servicio o mala administración del Seguro Social y de Salud Nacional cuando éstas no han sido resueltas en primera instancia, puede desde abril de 1996 investigar también las quejas de los pacientes sobre sus médicos de cabecera, dentistas, farmacéuticos, oftalmólogos, enfermeras y otros profesionales que provean de servicios de salud a la familia, como los hospitales privados o casas de asistencia, e inclusive las decisiones médicas.

2.2.2. Francia

El proyecto de ley para nombrar al *Médiateur*⁸¹ en Francia se inicia en el período de presidencia de Georges Pompidou, como alternativa no jurisdiccional emergente para detener sobre todo el abuso policial a las libertades públicas. Luego de más de nueve años de lucha y de varios intentos fallidos⁸² por tratar de mejorar la protección de los derechos individuales y del abuso de poder de la administración, en 1972 el Senado decidió enviar una comisión para entrevistarse con el Ombudsman de Escandinavia. Finalmente, en enero de 1973 el Gobierno⁸³ nombró al primer Ombudsman —*Médiateur*— en Francia, ante el asombro de varios críticos⁸⁴ de la figura, quienes argumentaban que Francia, con su *Conseil d'État* y los tribunales administrativos subordinados, tenía el mejor sistema administrativo del mundo, además de que la administración de justicia estaba muy bien desarrollada y por tanto era innecesario e inexplicable que el Parlamento buscara complementar su trabajo con la creación de esta nueva institución.⁸⁵

Inspirada en el Ombudsman escandinavo y el *Parliamentary Commissioner* inglés, la ley estipuló que, a semejanza del segundo, los ciudadanos no tuvieran acceso directo al *Médiateur*, sino a través de un miembro parlamentario de la Asamblea Nacional o del Senado.⁸⁶ Su período de funciones por decreto del Consejo de Ministros debía durar seis años y no podía ser reelec-

80 Algunos de los varios tipos de Ombudsman que actualmente existen en Inglaterra serán tratados por separado en el capítulo III.3 sobre los Ombudsman sectoriales. Para una información más detallada véase también el mismo capítulo, acápite 4 sobre las Organizaciones internacionales, donde se recogen específicamente los datos acerca de la mayoría de los esquemas de Ombudsman que existen en Inglaterra y que son miembros de la British and Irish Ombudsman Association (Asociación de Ombudsman ingleses e irlandeses).

81 Fairén Guillén: o. cit., p. 149: "figura que se quiere sea 'pariente' [?] de los prestigiosos ombudsmen nórdicos, un '*Médiateur*'".

82 Jean Rivero, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 150. Como antecedente, en 1957, época de la guerra de Argelia, se creó una Comisión de Salvaguardia de los Derechos y Libertades.

83 Loi numéro 73-6 du 3 Janvier 1973 Instituant un *Médiateur*, artículo 2: éste es nombrado por decreto acordado en Consejo de Ministros.

84 Nicole Questiaux, en Jean Rivero, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 150.

85 "Esta institución nueva debe encontrar sitio en nuestro derecho público, es decir, en nuestra organización política y administrativa. Es un injerto el que intentamos. No es fácil salir airosos, habida cuenta de nuestras tradiciones administrativas y de nuestros principios constitucionales y también del estado de espíritu de nuestro pueblo". Palabras pronunciadas por el ministro de Justicia, M. Pleven, en el Senado francés, recogidas por V. de la Vallina Velarde en su artículo "La figura del mediador en el derecho positivo francés", en *Documentación Administrativa*, n° 156.

86 Loi numéro 73-6 du 3 Janvier 1973, artículo 6, párr. 2°.

to. Esta decisión también recibió críticas de quienes propiciaban su creación, quienes afirmaban que el *Médiateur* debía ser electo por el Parlamento y no por los miembros del Gobierno; sin embargo, para garantizar cierto grado de independencia, se estableció que no estuviera obligado a recibir órdenes de éste, ni pudiera ser destituido antes de la expiración de su mandato, más que por incapacidad o impedimento constatados por motivos concretos determinados únicamente por el Consejo de Estado.⁸⁷

La jurisdicción que le atribuye la ley es amplia, puesto que le corresponde la investigación de todos los departamentos del Gobierno central, las funciones de las autoridades locales y las empresas estatales y de servicio público —ferroviaria, de gas y electricidad—, exceptuando la aerolínea Air France y la fábrica de automóviles Renault, que, aunque son públicas, conciernen a la competencia privada.⁸⁸ Las demandas de los empleados públicos, en calidad de tales, contra las autoridades públicas tampoco están dentro de su jurisdicción, con excepción de los empleados retirados, quienes luego de la ley de diciembre de 1976⁸⁹ pueden dirigir sus quejas en asuntos personales referentes al servicio público. Esta limitación se debe al hecho de que existen otras vías de acceso, como el Consejo de Estado o el Tribunal Administrativo; inclusive el sindicato correspondiente puede llevar el caso ante el ministro competente.

Otras limitaciones de mayor peso son las que le imposibilitan actuar por su propia iniciativa; debido a la preselección de quejas a través del filtro parlamentario se le resta la confiabilidad y la capacidad de retroalimentar información para facilitar la cooperación con los órganos clásicos de control. Según el artículo 11 de la ley, no puede intervenir en ciertos casos que están siendo tratados por los tribunales, así como tampoco cuestionar sus decisiones. Se excluye del control a los jueces, respetando su independencia y jerarquía, mas no a los ministros en su calidad de jefes departamentales. Puede investigar los casos de mala administración de todos los departamentos de Gobierno. Las enmiendas de 1976 permitieron, sin embargo, que el *Médiateur* pueda hacer cuantas recomendaciones crea necesarias a estas autoridades. Otra reforma importante fue que originalmente éste sólo podía recibir quejas personales o individuales hechas por "*une personne physique*" y se limitaban aquellas de corporaciones, asociaciones u otros grupos de personas ("*une personne morale*"). Actualmente también las personas jurídicas —como los

87 Ibidem, artículo 2.

88 Ibidem, artículo 1: "le fonctionnement des administrations de l'État, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public".

89 Loi numéro 76-1211 du 24 Décembre 1976, complétant la Loi numéro 73-6 du 3 Janvier 1973 Instituant un *Médiateur*, artículo 2.

sindicatos, las firmas privadas y otros grupos organizados— están en constante relación e inclusive necesitan la ayuda de los funcionarios públicos.

A diferencia tanto del Consejo de Estado como de los tribunales administrativos, que se ciñen a la legalidad de los actos, el *Médiateur*, dentro de un marco de acción más amplio, debe investigar que las autoridades públicas actúen dentro de la misión de servicio público y humanitario, lo cual le permite cumplir con otra obligación, que es la de hacer recomendaciones y proposiciones⁹⁰ para mejorar el funcionamiento de la administración y sugerir reformas legales más equitativas. Cuando estas sugerencias no son debidamente acogidas por las autoridades, él tiene la capacidad de publicar un informe especial y enviarlo al Presidente de la República y al Parlamento; además puede iniciar contra el funcionario un procedimiento disciplinario o una querrela ante la jurisdicción penal a fin de sancionarlo judicialmente, lo cual le provee de facultades casi similares a las del Ombudsman sueco.⁹¹

El nombramiento del *Médiateur* ha recaído por varias ocasiones en la persona de los mismos parlamentarios. Las razones consideradas para hacer dicha elección son variadas. Según el parecer del Gobierno, es más apropiado que elegir a un servidor público del mismo gremio al cual tendrá que controlar; de otra parte, en su trabajo va a tener constante relación e inclusive necesitar la ayuda de los funcionarios públicos. Tampoco es fundamental que sea un abogado, puesto que se entiende que siempre contará con un consejero que lo sea. Este modelo, como hemos dicho, está inspirado en el Comisionado inglés y sigue la misma tendencia de mantener a esta figura como un auditor interno de la administración, antes que como un órgano independiente de investigación. Sin embargo, su equipo de trabajo se compone de personal a tiempo completo y además incorpora a inspectores que, aunque son del gobierno, pertenecen a un grupo selecto de investigadores especializados.

Una vez que llega una queja a la oficina del *Médiateur*, el procedimiento que se sigue es el de abrir un expediente con el nombre de quien lo solicita y del parlamentario que transmite la queja. Luego pasa a una sección de instrucción donde un asistente hace un estudio del caso y analiza si corresponde a la jurisdicción del *Médiateur*, para lo cual puede hacer uso de los informes preliminares que a solicitud del parlamentario puede haber hecho la Asamblea Nacional o el Senado. Los cuatro asistentes que son abogados se encargan, uno de los asuntos sociales, otro del medio ambiente, otro de impuestos y el último de los restantes servicios públicos. Si el caso está fuera de su competencia, se informa al parlamentario que lo despachó, o al ministro

90 Loi Instituant un *Médiateur*, artículo 9.

91 *Ibidem*, artículo 3: “engager contre tout agent responsable une procédure disciplinaire ou, le cas échéant saisir d’une plainte la juridiction répressive”.

pertinente cuando es un problema de interés general, o al *Comité d'Usagers*.⁹² Estos comités, instaurados desde 1974, pertenecen a cada uno de los ministerios y secretarías de Gobierno, presididos por un parlamentario cuya función es hacer conocer los puntos de vista de los partidos con el fin de mejorar los procedimientos administrativos.

Si el caso es de la competencia del *Médiateur*, el asistente informa al parlamentario que la queja está siendo investigada. Cuando considera que falta información, solicita al parlamentario, a un inspector o juez obtenerla, o bien la solicitan ellos mismos para completar el expediente y elaborar un memorando en el que subrayan los asuntos más importantes que el demandante quiere que el ministro tome en consideración. En cada ministerio existe un corresponsal del *Médiateur*, que puede ser un miembro del gabinete o del Cuerpo de Control Ministerial. Algunos ministerios, como el de Asuntos Sociales, que es el que más quejas recibe a través del *Médiateur*, han creado un organismo especializado con inspectores y una secretaria independiente, con el fin de agilizar los trámites. El Ministerio de Equipamiento y el de Economía y Finanzas, entre otros, también han creado un equipo similar, pero el tiempo que el trámite demora depende realmente de la complejidad del asunto.

La respuesta que recibe el *Médiateur* normalmente consiste en un análisis crítico de la queja y una afirmación de la posición del departamento con todos los antecedentes y la información de respaldo que le permitan al *Médiateur* discernir la validez de la queja. También puede contener la información con respecto al trámite que debe seguirse en el ministerio para mejorar el servicio, remediar un defecto o modificar alguna reglamentación en el caso de que se haya encontrado el error. Esta contestación no tiene que cumplir necesariamente con requisitos formales, pero el *Médiateur* espera que sea completamente contestada y con claridad de argumentos; cuando según su criterio éstos faltan, puede requerir más información simplemente por vía telefónica o solicitar información adicional en otros departamentos de Gobierno, como el Consejo de Estado o los Cuerpos de Control. Una vez que el *Médiateur* ha finalizado su trabajo investigativo, escribe al ministro que transfirió la queja. Si ésta ha sido rechazada, tiene que acompañar igualmente toda la argumentación necesaria, pero si la administración no quiere reconocer el derecho del ciudadano y el *Médiateur* no ha podido persuadirla, puede recurrir a invocar la última alternativa de sanción que prevé la ley. En el caso de que una sentencia judicial no sea ejecutada, puede ordenar a la autoridad su ejecución en el plazo fijado; de incumplirla, el *Médiateur* informa

92 Rapport Annuel du *Médiateur* (1975), p. 186-187, citado por: Stacey: o. cit.

al Presidente y al Parlamento. Este informe especial es publicado en el *Boletín Oficial*.⁹³

El procedimiento para quejarse contra una autoridad local difiere un poco. El Inspector General de la Nación es quien comparte la responsabilidad con el *Médiateur* y el Prefecto es quien se encarga de hacer de corresponsal y elaborar el documento que ha de ser presentado al *Médiateur*, para lo cual a veces solicita el asesoramiento del Tribunal Administrativo Regional. Este procedimiento preliminar (*pré-enquêtes*) continúa posteriormente con el procedimiento normal descrito y enviado al Ministerio Central, que es el responsable del control de las autoridades locales.

Como hemos anotado al referirnos al éxito del Comisionado del Parlamento en Inglaterra, para el caso de Francia la publicidad también ha tenido una importancia fundamental. Además de la conciencia que ha existido en la oficina del *Médiateur* de ganar publicidad a través de los medios y la difusión de su informe de labores con vistas a permitir un mayor acceso de los ciudadanos afectados, su gestión ha consistido también en programar visitas y reuniones con líderes regionales promocionando su labor y recogiendo en cierta medida sus inquietudes. Sin embargo, al carecer de la facultad de actuar de oficio, su conocimiento de la problemática es restringido al tema de la queja, a lo cual se suma la imposibilidad de realizar visitas periódicas de inspección a los organismos públicos, restringiendo aún más la posibilidad de control.

Todas las particularidades que hemos anotado con respecto al *Médiateur* y al Comisionado Parlamentario sin duda nos remiten como antecedente a la figura del Ombudsman, en la cual se han inspirado, pero las diferencias sustanciales que presentan sobre todo con respecto al nombramiento y al acceso por parte del ciudadano van en detrimento de su funcionalidad e inclusive del prestigio de la institución.

Hemos de censurar estas variantes inglesa y francesa, porque el filtro parlamentario sólo puede llevar a dos formas de operar: o no resulta eficaz en la práctica y se transmiten todas las reclamaciones, por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés, con lo que no sirve más que para añadir un escalón intermedio al administrado; o funciona y convierte al diputado en un árbitro que discrimina la esfera de competencia del *ombudsman* y puede cercenar las aspiraciones de los particulares de ser oídos por éste.⁹⁴

93 Loi Instituant un Médiateur, artículos 11 y 14.

94 R. Pellón Rivero: *El Defensor del Pueblo*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982 p. 43.

2.2.3. Alemania

El primer país europeo fuera de los países nórdicos en adoptar el sistema del Ombudsman fue la República Federal de Alemania, en 1957, al crear las nuevas Fuerzas Armadas Alemanas. Como señala Rowat,⁹⁵ se crea el Ombudsman Militar (*Wehrbeauftragter*) de manera controvertida, luego de que el Parlamento adopta la idea propuesta por un parlamentario socialista que estuvo varios años refugiado en Suecia. Este Comisionado del Parlamento para Asuntos Militares inició sus funciones en 1959.⁹⁶

A pesar de que la figura del Ombudsman para asuntos civiles o parlamentarios no tuvo en Alemania la misma acogida que el Ombudsman Militar en el ámbito administrativo, esto no significa que desde los inicios de la Alemania de posguerra no se haya desarrollado ya un sistema de control para proteger los derechos civiles y el abuso que las autoridades públicas podían cometer. Si bien este sistema de control no tuvo el mismo desarrollo ni aplicación, como tampoco las prerrogativas que tuvo el Ombudsman en los países nórdicos, fue creado con el mismo propósito y constituye probablemente uno de los logros mayores en la historia de Alemania en la lucha contra el poder absolutista.

La diferencia no se debió únicamente a las particularidades del desarrollo histórico y al distinto sistema político al cual había que aplicar este sistema de control, sino también a la perspectiva con la que se concibe resguardar los derechos civiles.⁹⁷ En lo que se refiere a la naturaleza de éstos, se hace una distinción en cuanto a las infracciones de los derechos civiles y la protección de otros agravios de diversa índole; y en cuanto al tiempo se distinguen tres momentos: los intereses públicos que han sido tomados en cuenta antes de implementar un refuerzo y para los cuales ya existe una vía de solución, los que van a ser considerados en el proceso de implementación y los que están siendo contemplados y necesitan una protección preventiva.

A esta visión hay que entenderla partiendo del conocimiento del sistema político alemán, el cual está compuesto por dos niveles de autoridades públicas: las autoridades de los estados federados (*Länder*) y las autoridades del Estado nacional (*Staat*), cada una de las cuales tiene sus propias tareas, poderes, responsabilidades y recursos financieros para ejercer sus funciones. Organizadas bajo el principio de separación de poderes, cada una tiene asi-

95 Donald Rowat: *The Ombudsman Plan. Essays on the Worldwide Spread of an Idea*, 1973, p. 40. Transcribe la justificación que los parlamentarios dieron para la creación del Ombudsman Militar: "to maintain parliamentary control over the military and to ensure that the army would develop according to the new democratic spirit of the citizen in uniform" (para mantener el control parlamentario sobre la milicia y para asegurar que las fuerzas armadas se desarrollen de acuerdo con el nuevo espíritu democrático de los ciudadanos en uniforme).

96 Sobre el Ombudsman Militar nos remitimos al capítulo III, de los Ombudsman sectoriales.

97 Gerald Caiden: (ed.): *International Handbook of the Ombudsman*, tomo II, 1983, p. 81.

mismo su propio sistema administrativo. Un tercer grupo lo conforman los gobiernos municipales o locales. Además existen ciertas autoridades públicas autónomas, como el Instituto Federal del Trabajo (*Bundesanstalt für Arbeit*), el Banco Central Alemán (*Bundes Bank*) y el Instituto de Seguridad Social de los Empleados (*Bundesversicherungsanstalt für Angestellter* o *BfA*). Los derechos civiles se refieren tradicionalmente a las infracciones que estos organismos estatales pueden cometer, mas no a aquellos que están amparados en el derecho privado, como las compañías de utilidad pública.

La supremacía de los derechos civiles básicos, el constitucionalismo, el imperio de la ley y el derecho a la revisión judicial son principios que están incorporados en el sistema legal alemán. Los actos gubernamentales no pueden ir contra los derechos básicos de las personas; quien se sienta agraviado tiene el derecho de recurrir a las cortes en materias administrativas, sociales o fiscales. Tanto la República Federal como los estados federados tienen cortes que garantizan los derechos constitucionales. Por otra parte, los gobiernos locales comparten siempre las decisiones y planifican conjuntamente con grupos de ciudadanos o consejeros, los cuales aseguran el proceder correcto de las autoridades. Antes de iniciar cualquier reclamo judicial, la persona que se sienta agraviada debe notificar a las autoridades administrativas pertinentes mediante un oficio. La autoridad involucrada tiene que revisar sus actos y por lo general este procedimiento administrativo suspende los actos en disputa. Estos actos también pueden ser declarados ilegales, inconstitucionales o nulos y rechazados por las cortes.

En 1973, la Comisión de Reformas Constitucionales⁹⁸ planteó, entre otras, la posibilidad de establecer el sistema de control del Ombudsman para asuntos civiles, pero el sistema de control existente fue declarado suficientemente eficaz por la Comisión Enquete, la cual sugirió que se debían reforzar los órganos de control existentes y que para el efecto existía el Comité de Peticiones Parlamentarias (*Bundestag Petitionsausschuß*), que hasta el 19 de julio de 1975 fue uno más de los varios comités parlamentarios dependientes del Parlamento Federal (*Bundestag*). Hoy, luego de la disposición del artículo 45.c agregado a la Constitución, el Comité de Peticiones Parlamentarias es un órgano obligatorio que el Parlamento Federal tiene que elegir aparte de los veintitrés Comités Permanentes, como son, por ejemplo, el Comité de Control Electoral, Inmunidad y Reglamento, el Comité de Defensa y de Asuntos Exteriores, el de Asuntos Internos, el de Deportes, el Jurídico, el de Finanzas, el de Presupuesto del Gobierno, el de Economía, el de Trabajo y

98 Enquete-Kommission: *Verfassungsreform des Deutschen Bundestages*, "Zwischenbericht", Zur Sache 1, 1973. La Comisión Enquete es una comisión investigadora mixta conformada por miembros del Parlamento y expertos en temas de derecho internacional, la mayoría de ellos profesores universitarios.

Bienestar Social, el de la Familia y los de la Tercera Edad, el de la Mujer y los Niños, o el de Salud,⁹⁹ órganos de control también permanentes que existen en cada uno de los ministerios (*Fachausschuss*).

En el ámbito federal, cada comité está compuesto por un equipo de empleados calculado conforme al sistema matemático proporcional de las fracciones del Parlamento. Cuando se logra un consenso en el reparto sobre las tareas y el número de representantes, se prosigue a elegir a los presidentes. Una vez constituidos, los comités comienzan con el trabajo parlamentario bajo la conducción del presidente o el vicepresidente del Parlamento Federal. Según la rama que les corresponda, atienden quejas concernientes a reclamos sobre seguridad social, leyes de servicio civil, regulaciones para extranjeros, problemas de administración de justicia, de impuestos, desocupados, medio ambiente y otros.

Tres argumentos básicos fueron considerados por la Comisión, la cual, a pesar del éxito que registraba el Ombudsman Militar en Alemania y de las experiencias del Ombudsman Parlamentario en otros países europeos, no vio la necesidad de implementarlo. El primero fue que al sistema judicial alemán se le podía incorporar una Corte Constitucional Federal para tratar los casos de violaciones de los derechos fundamentales y que la creación de un nuevo aparato estatal resultaba costosa e innecesaria. Segundo, que la función que tiene el Ombudsman de transformar los requerimientos ciudadanos en iniciativas parlamentarias ya la tiene el Parlamento, además de que investiga las quejas en un contexto político y administrativo para tomar las medidas correctivas necesarias. Y tercero, que un Ombudsman Federal necesitaría contrapartes en cada estado federado (*Land*), conforme a los requerimientos del sistema político alemán, lo cual iría contra los principios mismos de la institución, que tiene como finalidad reducir al máximo la excesiva burocracia.

Aparte del Ombudsman para Asuntos Militares (*Wehrbeauftragten*), a escala nacional existe también el Ombudsman para la Protección de Datos¹⁰⁰ (*Datenschutzbeauftragter*), creado en 1977. Los estados federados de Rheinland-Pfalz,¹⁰¹ de Mecklenburg-Vorpommern¹⁰² y de Thüringen¹⁰³ cuentan con un Ombudsman (*Bürgerbeauftragten*) para el control administrativo general. En Schleswig-Holstein¹⁰⁴ existe un Ombudsman especializado para asuntos sociales (*Bürgerbeauftragter für Soziale Angelegenheiten des Landes Schleswig-Holstein*). En el ámbito federal y comunal existen además Ombudsman nom-

99 Rupert Schick y W. Zeh: *So arbeitet der deutsche Bundestag*, 5ª ed., Rheinbreitbach - Deutschland, 1991, pp. 31-32.

100 Sobre el Ombudsman para la protección de datos nos remitimos al capítulo III, de los Ombudsman sectoriales.

101 Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz vom Mai. 1974 (GVBl. S. 187ff).

102 Petitions - und Bürgerbeauftragtengesetz vom 05.04.1995.

103 Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten vom 25. Mai 2000 (GVBl. S. 98 ff).

104 Bürgerbeauftragtengesetz vom 15. Januar 1992 (GVBl. Schl. H. 1992 S. 42).

brados por las autoridades de gobierno, encargados de diversas áreas, como el de protección de datos, de extranjeros, igualdad de oportunidades, etc., lo cual muestra que en la práctica tanto el Comité de Peticiones como los diferentes tipos de Ombudsman pueden coexistir sin interferir en sus labores e inclusive cooperar desde sus diferentes funciones.

El Comité de Peticiones Parlamentarias (Bundestag Petitionsausschuß)

El Comité de Peticiones Parlamentario es el órgano permanente que, al igual que las otras comisiones parlamentarias, tiene un período de duración de seis años. Este Comité está encargado de cumplir con la disposición legal básica instituida en el artículo 17 de la Constitución,¹⁰⁵ concordante con el artículo 45.c del mismo cuerpo legal.¹⁰⁶ Además, casi todos los Parlamentos de los *Länder* tienen un Comité de Peticiones¹⁰⁷ para investigar las quejas y las peticiones de los ciudadanos y las solicitudes para proteger sus derechos civiles e intereses individuales. Por *quejas* se entiende en su mayoría reclamos contra el manejo o la omisión de los funcionarios administrativos, y por *peticiones*, toda propuesta al Legislativo, reforma o supresión de una ley o un decreto.

El Comité de Peticiones del Parlamento alemán, constituido por veintinueve miembros,¹⁰⁸ organizativamente depende de éste; conjuntamente con el Comité de Defensa y de Extranjeros forman el conjunto de Comités de Derechos que a través de la Constitución tienen competencias específicas. Sus resoluciones deberán ser consideradas en el Plenario. El Comité se reúne cuando una fracción o cinco de los miembros del Parlamento lo solicitan.¹⁰⁹

El Comité provee el derecho individual o comunal de todo ciudadano, inclusive de los menores de edad, para dirigir reclamos por escrito o quejas a los órganos parlamentarios o sus agencias apropiadas. Si estos reclamos no llevan la firma de responsabilidad o no contienen reclamos pertinentes, la

105 Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: I. Die Grundrechte, artículo 17 "(Petitionsrecht): Jedermann hat das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden ([Derecho a la Petición]: Cada persona tiene el derecho individual o colectivo de solicitar o reclamar por escrito a las Autoridades competentes y de dirigirse a los Representantes Nacionales). Comp. artículo 17a que restringe el derecho de petición a los soldados.

106 Ibidem, artículo 45 c "(Petitionsausschuß) (1) Der Bundestag bestellt einen Petitionsausschuß, dem die Behandlung der nach Artikel 17 an den Bundestag gerichteten Bitten und Beschwerden obliegt. (2) Die Befugnisse des Ausschusses zur Überprüfung von Beschwerden regelt ein Bundesgesetz" ([El Comité de Peticiones] [1] El Parlamento Federal nombra un Comité de Peticiones que tiene la obligación instituida en el artículo 17, de tratar las peticiones del y reclamos dirigidos al Parlamento Federal. [2] Las atribuciones de los Comités para tratar las quejas están descritas en la Ley Federal).

107 Rupert Schick: *Petitionen, Von der Untertanenbitte zum Bürgerrecht*, 3ª ed., Heidelberg, 1996, pp. 128-129. (En Baviera y Hessen las peticiones son tramitadas a través de un Comité Especial competente facultado por el Gobierno Central, Órganos de Control Ministerial [*Fachausschuß*]). Rheinland-Pfalz obtuvo finalmente un sistema combinado de Protector de los Ciudadanos y de Comité Parlamentario. Luego de la unificación, los nuevos *Länder* adoptaron la ley facultativa a través de sus Constituciones del derecho de petición.)

108 Rupert Schick y Wolfgang Zeh: *The German Bundestag. Functions and procedures*, Rheinbreitbach, 1999, p. 29.

109 Petitionsausschuß des Deutschen Bundestages, Bericht 2001. De acuerdo con el Informe del año 2001, el Comité de Peticiones estaba conformado por 29 miembros distribuidos entre las siguientes fracciones políticas: 10 de la coalición CDU/CSU, 13 del SPD, 2 de la coalición Bündnis 90/Die Grünen, 2 del FDP y 2 del PDS.

Comisión no tiene la obligación de tramitarlas, así como tampoco tramita los reclamos sobre decisiones parlamentarias, puesto que estaría yendo contra la propia autonomía del Parlamento.

Los ciudadanos deben dirigir sus peticiones y quejas al presidente del Parlamento o *Bundestag*, cuya oficina de prensa se encarga de sortearlas y remitirlas al Comité de Peticiones.¹¹⁰ Al Comité le concierne deliberar sobre el asunto o la materia de la consulta y decidir a cuál de los comités le corresponde. Luego emite su consejo legal al Parlamento Federal sobre las quejas y peticiones y elabora un informe mensual general con un resumen de las recomendaciones a seguir. Además, en los debates en el plenario pueden surgir mociones de alguna fracción política sobre peticiones concretas; en estos casos, el ciudadano tiene la oportunidad de que el Parlamento se ocupe directamente de su petición concreta. Cada petición y cada peticionario (*Petent*) tiene este derecho de que el Parlamento Federal cumpla su trabajo y se lo comunique por escrito.

Para comprobar que este comité desempeñe su tarea —al contrario de lo que sucede con los otros comités, que pueden únicamente pedir por escrito u oralmente la información del Gobierno o dirigirse a los miembros del Parlamento Federal en sus propias sillas curul—, el Comité de Peticiones, de acuerdo con la disposición de 1975 sobre sus atribuciones y competencia, debe proporcionar a los peticionarios —además de toda la información del Gobierno Federal, de las autoridades por él designadas y de las corporaciones de vigilancia del gobierno— toda la información de otros organismos a los cuales tiene libre ingreso, como son las fundaciones y las instituciones públicas de información legal, a las cuales puede exigir la presentación de documentos y el acceso a sus expedientes. También puede escuchar a testigos y peritos del peticionante o recurrir a un juzgado para solicitar la ayuda oficial de los funcionarios administrativos, pero, en contraste con una comisión investigadora,¹¹¹ este Comité no puede tomar juramento.

Las actividades del Comité de Peticiones no se circunscriben únicamente a los varios casos de ayuda y consejo que requieren los peticionarios, sino que también muestran al Parlamento Federal dónde están las fallas o los vacíos constitucionales o dónde la legislación requiere ser reforzada. Sin embargo, la competencia de este órgano no es como la del Ombudsman. Dentro de sus obligaciones también hay excepciones; todas las peticiones permane-

110 Schick: o. cit., p. 129. Conjuntamente con las peticiones de los Comités de los diferentes *Länder* y las que recibe el Bundestag, se estima que por año llegaban a las 35.000. Luego de la unificación, tranquilamente llegan a las 50.000. Cf. Petitionsausschuß des Deutschen Bundestages, Bericht 1996.

111 Constitución de la República Federal Alemana, artículo 44 (*Untersuchungsausschüsse*). Ésta es una Comisión Investigadora que, entre otros, tiene el derecho de emplazar o citar, así como de tomar juramento a los funcionarios con la autorización del Gobierno y de exigir la presentación de documentos.

cen en el anonimato y el Comité se circunscribe a tramitar las quejas que recibe, pero no puede iniciar investigaciones por cuenta propia, por lo cual todo el trabajo corre el riesgo de quedar inconcluso y sin solución. Su labor es la de una agencia de referencia para el Ejecutivo, respecto al cual hasta 1975 mantenía total dependencia cuando éste requería información. El Comité únicamente reactiva la función del Parlamento de canalizar las quejas de los ciudadanos, por cuanto está permanentemente bajo la supervisión de la administración, y en la práctica los reclamos permanecen en el mismo Parlamento; los informes no son debatidos y las propuestas de reformas que éste insinúa no siempre se tramitan, además de que muchas de las peticiones son desviadas insinuando que caen dentro de la jurisdicción de cada uno de los estados federados.

Se supone que este sistema de control permite mantener un contacto permanente a los ciudadanos con sus representantes en el Parlamento,¹¹² actuando como verdadero defensor de sus derechos, pero el *Bundestag* no es partidario de compartir o relegar sus funciones a otros órganos que no hayan sido directamente elegidos por el pueblo, dado que esto significaría prácticamente destruir el sistema democrático.¹¹³ Esta visión equivocada por parte del Comité desafortunadamente ha permitido al Ejecutivo actuar libremente, sin tener que canalizar las objeciones ciudadanas a sus acciones. Si el público en general, los medios de comunicación y los partidos políticos tuvieran más conocimiento de las posibilidades que ofrece el Comité y si éste estuviera más consciente del proceso que maneja, el mismo Parlamento se nutriría con la información que proviene de él, ejerciendo una verdadera democracia participativa. Cabe señalar, sin embargo, que en materia de iniciativa legislativa sí hay casos, y varios, en que el Comité de Peticiones parlamentario cumple con las funciones del Ombudsman en cuanto a los proyectos de ley que son tratados como “sugerencias prelegislativas”.¹¹⁴

Además de los Comités Parlamentarios de Peticiones, parte del sistema de control legal clásico y encargados de proteger los derechos individuales y civiles de las personas, también existen otras instancias de control disponibles, como los gremios y una serie de comisiones que el Parlamento pue-

112 Thomas Würtenberger y Ralf P. Schenke: “Das parlamentarische Petitionswesen im demokratischen Rechtsstaat”, en Reinhard Bockhofer (Hg.), *Mit Petitionen Politik verändern*, Baden-Baden, 1999, pp. 100-105. “Diese Art von Petitionsverfahren ist weder an Formen und Fristen gebunden, unterliegt keinem Anwaltszwang, ist gerichtskostenfrei und nicht an die Möglichkeit einer eigenen Rechtsverletzung des Petenten gebunden”.

113 Schick y Zeh: *So arbeitet...*, o. cit., pp. 41-46.

114 Nebenzahl, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 68. “El ejemplo más sobresaliente que conozco es el de la Comisión de Peticiones del *Bundestag* alemán, bajo la presidencia, muy severa, de Mrs. Lieselotte Berger. Por ejemplo, habiéndose ocupado de diversos casos de retrasos en los pagos de la Seguridad Social, el Comité dio lugar a una legislación especial —a la cabeza del proyectado código de Seguridad Social—, según la cual todos los pagos retrasados en concepto de beneficios sociales devengarían interés a partir del día en que debieron efectuarse”. Véanse informes anuales del Comité de Peticiones, <www.bundestag.de>.

de crear con fines completamente distintos a los que tienen las comisiones existentes. Así por ejemplo, con una cuarta parte de los miembros del Parlamento se puede dar vida a la Comisión de Investigación (*Untersuchungsausschuß*), la cual es un derecho de suma importancia para las minorías de la oposición en el Parlamento, sobre todo cuando quieren probar errores de los políticos del régimen de gobierno; en general las comisiones investigadoras que se crean constan de cinco o siete miembros que tienen la obligación fundamental de deliberar públicamente e informar al plenario.

Fuera del ámbito gubernamental también existen instituciones privadas, como la Liga de Contribuyentes, Amnistía Internacional y otras instituciones como las Cámaras de Comercio o grupos con intereses específicos, que conjuntamente con los medios de comunicación brindan servicios e información a los ciudadanos respecto a sus derechos y recursos y llaman la atención pública cuando éstos han sido violados.

Con este amplio espectro que cubre el sistema de control alemán, la institución del Ombudsman se ha limitado a ser aplicada únicamente para ciertas instancias de control gubernamental, como el control de la información confidencial personal (*Bundesbeauftragten für den Datenschutz*) y el Ombudsman Militar. Sin embargo, la creación de Ombudsman regionales y de una serie de Ombudsman del sector privado muestra que el sistema de control parlamentario existente todavía deja a salvo algunas instancias que no requieren únicamente de control, sino de otros medios más efectivos que brinden la posibilidad de abrir canales de acceso directos para todos los sectores sociales y en las diferentes actividades.¹¹⁵

3. Expansión de la doctrina

Durante la década de 1950 a 1960, la idea de la institución del Ombudsman se había esparcido por el mundo; sin embargo, la década de los sesenta constituye un nuevo capítulo en la evolución de éste. Este nuevo impulso se debe al hecho de que las Naciones Unidas, específicamente la división de Derechos Humanos,¹¹⁶ recomendó su adopción como la figura a través de la cual se podía lograr democráticamente la vigilancia permanente de que se

115 Markus Franke: *Ein Ombudsman für Deutschland?*, Fráncfort del Main, 1999.

116 *Seminar on Judicial and Other Remedies Against the Illegal Exercise or Abuse of Administrative Authority*, Peradeniya (Kandy), Ceylon, May 4-15, 1959 (ST/TAO/HR/4); *Seminar on Judicial and Other Remedies Against the Illegal Exercise or Abuse of Administrative Authority*, Buenos Aires, Argentina, August 31 to September 11, 1959 (ST/TAO/HR/6), *Seminar on Judicial and Other Remedies Against Abuse of Administrative Authority, with Special Emphasis on the Role of Parliamentary Institutions*, Stockholm, June 12-25, 1962 (ST/TAO/HR/15); *Remedies Against the Abuse of Administrative Authority. Selected Studies*, 1964 (ST/TAO/HR/19); *Seminar on the Effective Realization of Civil and Political Rights at the National Level*, Kingston, April 25 to May 8, 1967 (ST/TAO/HR/29); *Effective Realization of Civil and Political Rights at the National Level - Selected Studies*, 1968 (ST/TAO/HR/33); *Seminar on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries*, Nicosia, Cyprus, June 26 to July 9, 1969 (ST/TAO/HR/36).

cumplieran los derechos humanos básicos. Varios seminarios se llevaron a cabo con el propósito de difundir la idea: en Ceilán, actual Sri Lanka (1959), Buenos Aires (1959), Estocolmo (1962), Jamaica (1967) y Chipre (1968). Otros seminarios promovidos por la Comisión de Juristas¹¹⁷ también promovieron la idea en Bangkok (1965), Colombo (1966) y Estrasburgo (1968); así como también las Conferencias por la Paz Mundial a través de la Ley en Ginebra (1967), Bangkok (1969) y Belgrado (1971).

La acogida satisfactoria que tuvo el Ombudsman fuera de Europa Occidental¹¹⁸ conllevó a que en 1971 la Conferencia de Parlamentos Europeos sobre Derechos Humanos que se celebró en Viena recomendara favorablemente el establecimiento de un órgano autorizado para recibir y examinar quejas individuales y que tuviera el poder de acceder a los archivos de los departamentos de gobierno, que funcionara en la línea del Ombudsman como se lo conocía en los países nórdicos. En 1972 el Consejo de Europa creó la Oficina del Ombudsman Comisionado de los Derechos Humanos y en 1975 el Comité de Asuntos Legales recomendó que los gobiernos que todavía no tuvieran dicho funcionario lo establecieran, ya fuera a nivel local, regional o nacional. En 1973 el Consejo del Colegio Internacional de Abogados (*International Bar Association*, IBA) aprobó la creación del Comité del Ombudsman, el que, conjuntamente con el Comité del Ombudsman de la Sección de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de los Estados Unidos (*American Bar Association*, ABA) publicó un informe sobre los mecanismos no judiciales de solución de quejas, con énfasis en el Ombudsman.

Con la misma rapidez con la cual se difundió la idea, empezamos a ver que surge una gran variedad de “formas de Ombudsman” que no caben exactamente en la idea original. Las agrupaciones internacionales también empezaron a debatir acerca de la definición, los requisitos fundamentales y la tarea específica que esta figura debía de tener. La resolución de la ABA en 1971 estableció que cualquier estatuto u ordenanza para la creación del Ombudsman debía contener los siguientes puntos esenciales:

- 1) autoridad para criticar todas las agencias, oficiales y empleados públicos con excepción de las cortes y su personal, el cuerpo legislativo y su personal y el director ejecutivo y su personal;
- 2) independencia de control de cualquier otra autoridad, con excepción el cuerpo legislativo donde reside su responsabilidad;
- 3) elección por parte del legislativo o designación por el ejecutivo con

117 International Commission of Jurists: *The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age* (Report on the Proceedings of the South-East Asian and Pacific Conference of Jurist, Bangkok, 1965), p. 184; Working Papers, Ceylon Colloquium on the Rule of Law, Colombo, January 10-16, 1966, International Commission of Jurists (Ceylon Section); European Conference of Jurists on the Individual and the State, *The Essential Legal Elements to Ensure the Protection of the Individual*, Strasbourg, 26-27, Conclusion 17 (October 1968).

118 Véase Apéndice n° 1.

el visto bueno de la mayoría del legislativo, preferiblemente las dos terceras partes;

- 4) independencia para ejercer el cargo por un período no menor de cinco años, con libertad de ser removido del cargo con causa justificada por la mayoría del legislativo, más de las dos terceras partes;
- 5) salario equivalente al de un funcionario de rango superior;
- 6) libertad para escoger a sus propios asistentes y delegarles responsabilidades, sin restricciones civiles ni actos clasificatorios.

4. El Defensor del Pueblo español

La adopción de la figura del Ombudsman en España es de singular importancia dentro del derecho comparado para su adopción y difusión por Latinoamérica, y en nuestro caso para el Ecuador. Dentro del área de Europa, España¹¹⁹ fue uno de los países que más tardó en adoptar la figura del Ombudsman. Esta demora se debió en parte a su situación política en la época de Franco; sin embargo, varios académicos e intelectuales,¹²⁰ tanto del ámbito del derecho como de la administración, ya advertían la necesidad de un mayor control de la administración pública y del abuso del poder por las autoridades. Algunos de ellos, inclusive en reuniones internacionales, había propuesto la figura del Ombudsman como uno de los métodos legales más propicios para proteger los derechos de los ciudadanos españoles; otros, más escépticos, preferían un sistema de administración de justicia más rígido.¹²¹ A pesar de la falta de interés de la prensa y de los líderes políticos, el consenso académico era general en el sentido de que la figura del Ombudsman necesitaba ser reconocida dentro de un escenario democrático.¹²²

Luego de la muerte de Franco, la Comisión de Asuntos Constitucionales propuso en 1978 por primera vez la figura del Ombudsman Nacional para proteger los derechos ciudadanos. A pesar de ser una idea innovadora no hubo debates públicos; nadie, excepto los pocos entendidos en la materia que comprendían el alcance de la institución, le dio importancia. Por otro lado, las discusiones referentes a la nueva Constitución fueron confidenciales¹²³ y no se supo quién propuso la idea; sin embargo, se conoce que fue apo-

119 Véase Apéndice n° 2.

120 José María Boquera: "Derecho administrativo y socialización", en *Estudios Administrativos*, Madrid, 1965. De la Vallina: art. cit. J. Torné: "Algunas ideas políticas sobre el derecho administrativo y la administración pública", *Documentación Administrativa*, n° 167, 1975. Eduardo García de Enterría: "Seminario organizado por las Naciones Unidas en Estocolmo", *Revista de Administración Pública*, n° 39, 1962. Alejandro Nieto: "La vocación del derecho Administrativo en nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública*, n° 76, 1975.

121 Pastor Santamaría: "Tributación, régimen foral e igualdad ante la Ley", *Revista de Administración Pública*, n° 70, 1972.

122 Álvaro Gil Robles: *El control parlamentario de la Administración (el Ombudsman)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1979. R. Pellón: "¿Un Ombudsman para España?", *Documentación Administrativa*, n° 170, Madrid, 1976.

123 Víctor Fairén Guillén (o. cit., cap. II) hace un análisis detallado del tratamiento en el Congreso, enmiendas, discusiones y texto definitivo del Defensor del Pueblo español.

yada por los miembros del Partido Socialista Obrero Español, quienes tenían claras las ventajas y funciones de la figura del Ombudsman en los países nórdicos.

Una vez incorporado en la Constitución, las opiniones de los diversos partidos políticos fueron divididas; los de izquierda estuvieron de acuerdo en favorecer un organismo independiente y fuerte de control de la administración pública, mientras los de derecha se mostraban temerosos de concederle mayores atribuciones. Un debate también sin mayores incidencias políticas se dio en torno a recomendar la creación de un Defensor del Pueblo que se aproximaba a la figura del Ombudsman, designando a un agente del Parlamento para proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos, asegurar que las autoridades públicas respeten los principios del Estado de Derecho y, además, para supervisar las actividades de la administración. Los socialistas, que lo conceptuaban como un protector de los principios básicos de justicia y equidad, lo relacionaban con una nueva Corte Constitucional, mientras que para los de la Alianza Popular debía ser un guardián de las libertades civiles.

El artículo que lo instituyó fue aceptado de forma más o menos unánime por el Comité y por el Congreso. Algunos cambios que propuso el Senado, referentes al hecho de que el Defensor no debería inmiscuirse en asuntos de procedimiento legal ni en asuntos de control de la administración pública que le competen al Ministerio de Finanzas, así como el que propusieron los senadores de las comunidades autónomas de Cataluña y la Provincia Vasca, que preferían establecerlo por su propia cuenta bajo el poder que les confiere su legislación, no fueron aceptados. La comisión mixta del Congreso y del Senado lo redactó en su forma definitiva que en la actualidad reza así:

Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.¹²⁴

En principio, la Constitución omitió una serie de detalles acerca de la jurisdicción, pero era clara la intención de que el Defensor se encargara de los asuntos administrativos y no de los asuntos políticos del gobierno. Además, su trabajo de control del sistema judicial y de protección legal contra el abuso del poder debían ser complementarios, sin ejercer el control directo sobre los funcionarios sino persuadiéndolos y dando su opinión, dado que

124 Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE n° 311, de 29 de diciembre de 1978), título primero: “De los derechos y deberes fundamentales”, capítulo IV: “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, artículo 54.

su inquietud primordial no es la ilegalidad de los actos sino los actos en los cuales se manifiesta la mala administración.

A pesar de que los partidos de izquierda pensaron que estaban proponiendo una figura similar a la del Ombudsman escandinavo y los de derecha creyeron acercarse más al Comisionado del Parlamento inglés o al Mediador francés, la Constitución española dio origen a un nuevo Defensor del Pueblo, listo para proteger los deberes y derechos fundamentales,¹²⁵ para supervisar las actividades de las autoridades públicas¹²⁶ y para apelar a la Corte Constitucional.¹²⁷ Un Defensor que puede demandar ante los tribunales a las autoridades por actos inconstitucionales y tiene un poder que va más allá de las atribuciones del Ombudsman tradicional¹²⁸ se convierte en una figura que lo sitúa aparte del poder, tanto ejecutivo como legislativo. Es un personaje público de gran independencia que por defender los derechos y libertades ciudadanas muchas veces estará inserto en el debate político de la oposición.

Dentro de su misión de control se relacionará con otros organismos de control del Estado y también estará propenso a que sus funciones se complementen; en este sentido, el Defensor del Pueblo Español y la Constitución mis-

125 Ibidem: "Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. = 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), 183 Asamblea General de la ONU.

126 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981, y nº 57, de 6 de marzo de 1992), título II: "Del Procedimiento", artículo 9: "El Defensor el Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su título I. = 2. Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas". Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978), título IV: "Del Gobierno y de la Administración", artículo 103. 1: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

127 Ibidem, título III: "De las Resoluciones", artículo 29: "El Defensor del Pueblo está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". Cf.: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978), título primero: "De los derechos y deberes fundamentales", capítulo IV: "De las garantías de las libertades y derechos fundamentales", artículo 53.2: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Cf.: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 161.1: "El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada".

128 Pérez Calvo: art. cit., p. 84: "podría afirmarse que lo que ha hecho la Constitución es añadir las legitimaciones mencionadas a las competencias que acompañan al modelo de *Ombudsman* adoptado por los daneses y que se había perfilado históricamente en Suecia, y una de las características, [...] estribaba en una ausencia práctica de competencias contenciosas".

ma de 1978 lograron una descentralización y desconcentración de poderes fortalecida aún más con el establecimiento de los comunidades autónomas.

En 1979,¹²⁹ el Partido Socialista Obrero Español presentó el primer proyecto de Ley Orgánica del Defensor del Pueblo propuesto por la oposición. Comprendía la elección de un Defensor a nivel nacional electo por el Parlamento por un período de cuatro años, por las tres quintas partes de la mayoría del Congreso y la mayoría absoluta del Senado. El informe de labores debía presentarlo a una Comisión Especial y su jurisdicción era amplia; abarcaba tanto las cortes militares como las comunidades autónomas y tenía inclusive la capacidad de establecer Ombudsman regionales. Con amplias capacidades investigadoras, debía atender las quejas públicas, ser directamente accesible al público para poder actuar inclusive como mediador entre las autoridades y los ciudadanos a través de procedimientos fáciles y sumarios. En general, características muy similares a las de los Ombudsman de los países nórdicos. Los partidos de gobierno apoyaban a una figura más bien restringida, en los términos del *Médiateur* francés, sin acceso directo al público, que debía agotar todas las instancias previas y carecía de jurisdicción sobre la justicia militar; además reclamaban su derecho a participar por cuotas de poder político en su elección. La Coalición Demócrata ofreció hacer varias reformas y el Comité Constitucional volvió a redactar el proyecto de ley haciéndole cambios sustanciales antes de que entrara al debate en las dos Cámaras.

En 1980, el Centro de Estudios Constitucionales organizó una conferencia internacional sobre el tema. Como resultado de ello se dieron varios debates públicos con respecto a la conveniencia de mantener un sistema de quejas que fuera compatible con un extenso sistema legal de control administrativo y su relación con un Defensor en el nivel nacional y regional. El grupo opuesto a la figura del Defensor proponía, lógicamente, reforzar el sistema legal, mientras los adeptos a ella mantenían inclusive la esperanza de que el Defensor fuera una figura clave en el proceso de democratización de España, en la promoción de los derechos y garantías constitucionales y la educación cívica de los ciudadanos.

Como hemos visto, puede colegirse que el nombramiento del Defensor del Pueblo español no pierde de vista uno de los rasgos esenciales de los sistemas originales del Ombudsman: el hecho de que su designación les corresponda a las Cortes Generales, Senado y Congreso. El artículo 2, párrafos 2, 3, 4 y 5, puntualiza:

2. Se designará en las Cortes Generales una Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar a los respec-

129 Congreso de los Diputados: *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, n° 30, junio 20 de 1979.

tivos Plenos en cuantas ocasiones sea necesario. 3. Dicha Comisión se reunirá conjuntamente cuando así lo acuerden conjuntamente el Presidente del Congreso y el Senado, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría simple. 4. Propuesto el candidato o candidatos, se convocará en término no inferior a diez días al Pleno del Congreso para que proceda a su elección. Será designado quien obtuviese una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y, posteriormente, en un plazo máximo de veinte días, fuese ratificado por esta misma mayoría del Senado. 5. Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en una nueva sesión de la Comisión, y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas. En tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos en el Congreso, la designación quedará realizada al alcanzar la mayoría absoluta del Senado.¹³⁰

La exigencia de un quórum reforzado por ambas Cámaras que intervienen igualitariamente, además de las incompatibilidades que especifica el artículo 7 de la Ley Orgánica,¹³¹ sirven para garantizar la neutralidad e independencia en el ejercicio del cargo. Con el mismo afán de obrar dentro de los parámetros que caracterizan al Ombudsman en el Derecho Comparado y de recalcar el funcionamiento independiente, la Ley establece la duración del mandato del Defensor por un período de cinco años, frente a los cuatro de las Cortes Generales.

La no coincidencia temporal de mandatos entre Cortes Generales y Defensor del Pueblo español obedece a dos razones fundamentales. La primera puede ser considerada como simple mimetismo con la institución del Ombudsman escandinavo, en donde ambos mandatos también se independizan; la segunda y más profunda, obedece a algo ya anotado: aunque el Defensor del Pueblo deba a las Cortes Generales su nombramiento y tenga que rendir cuentas de su gestión ante las mismas, su funcionamiento es independiente de todo otro poder.¹³²

Esta segunda característica es sobre todo de singular importancia al referirnos a la naturaleza misma del Ombudsman. Como hemos anotado, la Cons-

130 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992).

131 "1. La condición de Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo; con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral. = 2. El Defensor del Pueblo deberá cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiera afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento. = 3. Si la incompatibilidad fuere sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquélla se hubiere producido".

132 Francisco Astarloa Villena: "Una introducción al estudio del Defensor del Pueblo", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 2, Universitat de València, Departamento de Derecho Constitucional, p. 87.

titución y la Ley Orgánica definen al Defensor del Pueblo como un “Alto Comisionado” que, siendo un órgano unipersonal, actúa por encargo de una autoridad, en este caso de las Cortes Generales, de las que recibe su nombramiento y las que lo pueden también revocar en los casos previstos por la Ley,¹³³ y a las que debe dar cuenta de su actuación. Es decir, se trata de un órgano orgánicamente dependiente porque actúa por encargo, pero independiente y absolutamente libre en su funcionamiento, inclusive respecto a las propias Cortes, hasta el punto de poder interponer el recurso de inconstitucionalidad respecto a la actividad legislativa de éstas.

De allí deriva otra particularidad a la cual la Ley española también ha puesto debido énfasis: las prerrogativas e incompatibilidades para ejercer el cargo.

El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad, Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio. [...] gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado [...].¹³⁴

Por ello resulta imperativo también trazar los límites de su actuación personal, con la cual es incompatible cualquier mandato representativo y militancia, sean de orden político, público o privado. Aquí el legislador ha puesto énfasis sin dejar lugar a excepciones que pongan en duda la neutralidad de la cual debe estar revestido el personaje.¹³⁵

La oficina del Defensor del Pueblo está compuesta casi en su totalidad por funcionarios de carrera; únicamente los adjuntos primero y segundo, con carácter de asesores —en los que el Defensor puede delegar sus funciones y que lo sustituirán por su orden en caso necesario—, son nombrados por el titular previa conformidad de las Cámaras y publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Tanto la marcha misma de la institución cuanto los resultados que se recogen en los informes anuales de labor del Ombudsman y otros

133 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992), capítulo II: “Cese y sustitución”, artículo 5, y capítulo III: “Prerrogativas e incompatibilidades”, artículo VII.

134 *Ibidem*, artículo 6.

135 *Ibidem*, artículo 7°: “1. La condición del Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo; con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública; con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral. = 2. El defensor del Pueblo deberá cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiese afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento. = 3. Si la incompatibilidad fuera sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquélla se hubiese producido”.

datos estadísticos¹³⁶ revelan sin lugar a dudas el éxito que ha tenido el Defensor del Pueblo en el cumplimiento de su cometido. Esta institución completamente ajena en su origen al ordenamiento jurídico español cuenta hoy con el respaldo y reconocimiento popular por la resonancia de su gestión en el ámbito administrativo, en cuanto a la denuncia de irregularidades, así como también en el legislativo, con respecto a la modificación de leyes y normas con fuerza de ley que atentan contra los derechos fundamentales de las personas. La complejidad y la diversidad de casos que el Defensor ha tratado, ya sea actuando directamente o de oficio, han puesto de manifiesto varios problemas sociales concretos, especialmente de los sectores más débiles de la sociedad, como los ancianos, los niños, las mujeres, las personas discapacitadas, los enfermos mentales, los presos, los extranjeros y otros grupos minoritarios difíciles de identificar.

En definitiva, como dice Álvaro Gil Robles de la institución del Defensor del Pueblo en su país, ésta “ha demostrado que un Ombudsman en la plenitud de sus competencias originales es hoy posible, oportuno y útil en la Estado democrático y social de derecho que tratamos de consolidar cada día”.¹³⁷

5. Evolución posterior

Abordar el desarrollo posterior del Ombudsman resulta interesante no sólo para quienes tengan especial interés en el estudio de esta institución, sino también para muchos estudiosos de diversos campos, tanto de las ciencias jurídicas y políticas, la sociología, antropología y la psicología social, como para otras áreas de la investigación como la demografía, los movimientos sociales, la planificación urbana, la salud pública, la medicina preventiva, la protección del medio ambiente y otras, para las cuales los datos estadísticos, el resultado del diagnóstico y las diferentes variables que han influido en este proceso evolutivo pueden resultar de gran importancia y apoyo en el esclarecimiento de problemas conjuntos.

En el ámbito de estudio de la teoría de la democracia, el control que ejerce la Defensoría es un factor que no se contrapone en el contexto del sistema constitucional; al contrario, ha demostrado que es complementario de los medios de control tradicionales. Además, ha servido como un factor de consolidación del Estado de Derecho, puesto que su implementación ha in-

136 Álvaro Gil Robles y Gil Delgado: “El Defensor del Pueblo y su impacto en España y en América Latina”, *Revista de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman, Defensor del Pueblo*, IAO, n° 3, diciembre de 1994, p. 60. “En una encuesta de población realizada en marzo de 1993 (por Metra Seis sobre una muestra de mil personas) se constataba que el 90,2 de los encuestados consideraban la institución como muy o bastante necesaria; el 88,6 conocía sus existencia; un 52,8 valoraba positivamente la labor del Defensor del Pueblo; y como datos significativos, el 76,6 consideraba que debería denunciar más irregularidades de la Administración sin esperar a recibir las quejas de los ciudadanos, así como que un 86 por ciento pensaba que debería ser elegido directamente por aquellos”.

137 *Ibidem*, p. 63.

crementado la confianza de los ciudadanos en la democracia, haciendo respetar y defender los derechos humanos, sea cual fuere el tipo de régimen democrático al cual se articule. Actualmente el Ombudsman o Defensor del Pueblo es parte de toda estructura moderna de gobierno, perfectamente adaptable a cualquier sistema jurídico y a cualquier tipo o grado de desarrollo social. Por ello tampoco no puede pasar inadvertido en el ámbito de estudio del derecho de integración. A escala supranacional, la Unión Europea ya ha puesto en marcha el funcionamiento del Ombudsman Europeo,¹³⁸ concomitantemente con el Comité de Peticiones del Parlamento Europeo,¹³⁹ reconociendo los derechos de ciudadanía de sus miembros, así como la posibilidad de reclamar en el caso de mala administración en las actividades de las instituciones y órganos comunitarios, de conformidad con el artículo 138 E del Tratado y Estatuto del Defensor del Pueblo.¹⁴⁰

De acuerdo con la resolución sobre los trabajos de la Comisión de Peticiones en el ejercicio parlamentario 1995-1996, el Parlamento Europeo, en el literal D de la propuesta de resolución, considerando que el Defensor del Pueblo Europeo entra en funcionamiento, “impone la necesidad de una estrecha colaboración entre éste y el Parlamento Europeo, a fin de garantizar plenamente la posibilidad que tienen los ciudadanos de dirigirse a las instituciones y órganos comunitarios sobre las cuestiones que les preocupan”, y, de acuerdo con los numerales 3 y 6 especialmente, “[c]onstata que, de conformidad con el artículo 138 E del Tratado de la Unión, el Defensor del Pueblo está facultado para recibir las reclamaciones de los ciudadanos de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”. Asimismo, “[e]xpresa su deseo de que, en defensa de los derechos de la ciudadanía de la Unión, se establezca una estrecha, profunda

138 Defensor del Pueblo Europeo, §77. Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (DOCE, serie C, n° 191, de 29 de julio de 1992), artículo 8.D: “Todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138.D. Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 138.E”.

139 Reglamento del Parlamento Europeo (DOCE, serie L, n° 293, de 7 de diciembre de 1995). artículo 159: “Nombramiento del Defensor del Pueblo”, § 78: El Presidente del Parlamento Europeo convocará la presentación de candidaturas con vistas al nombramiento del Defensor del Pueblo. “Las candidaturas habrán de contar con el apoyo de veintinueve diputados como mínimo, que sean nacionales de al menos dos Estados miembros”.

140 Consejo de la Unión Europea, decisión del Consejo 94/114/CECA, CE, Euratom, de 7 de febrero de 1994, por la que se aprueba la decisión del Parlamento Europeo sobre el estatuto Defensor del Pueblo y las condiciones generales del ejercicio de sus funciones (DOCE, serie L, n° 54, de 25 de febrero de 1994): “El Consejo de la Unión Europea, Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, el apatado 4 de su artículo 138 E. [...] Decide: = Artículo 1°. Se aprueba el proyecto de Decisión del Parlamento Europeo, de 17 de noviembre de 1993, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y las condiciones generales del ejercicio de sus funciones”. Cf. Decisión del Parlamento Europeo 94/262/CECA, CE, Euratom, de 9 de marzo de 1994, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las Condiciones Generales del Ejercicio de sus Funciones (DOCE, serie L, n° 113, de 4 de mayo de 1994).

y fructífera colaboración entre el Defensor del Pueblo y el Parlamento Europeo, en beneficio de los ciudadanos de la Unión y de sus residentes”.¹⁴¹

En la exposición de motivos, el informe destaca además como uno de los aspectos relevantes del ejercicio parlamentario la provisión del cargo de Defensor del Pueblo Europeo llevada a cabo el 12 de julio de 1995, tras un primer proceso de nominación iniciado en julio de 1994 en el que no fue posible llevar a cabo la elección debido a la rigidez de la normativa del Reglamento del Parlamento Europeo. Las candidaturas debían contar con el apoyo de al menos 29 eurodiputados procedentes de por lo menos dos Estados miembros y debían ser enviadas al Presidente del Parlamento Europeo. Una vez modificadas las normas, particularmente el artículo 159, se procedió a lanzar una segunda convocatoria de candidaturas en marzo de 1995. Luego de la audición previa de los candidatos por parte de la Comisión de Peticiones y reunido el Pleno del Parlamento Europeo, se procedió al nombramiento del primer Defensor del Pueblo, cuyo juramento solemne ante el Tribunal de Justicia tuvo lugar el 27 de septiembre de 1995.

Con el objetivo de dar a conocer a los ciudadanos de la Comunidad Europea la existencia y las competencias del Defensor del Pueblo Europeo, se emitió regularmente información a través de los medios de comunicación, junto con la colaboración incondicional de las oficinas de información del Parlamento Europeo, las representaciones de la Comisión Europea, las oficinas de los Defensores del Pueblo nacionales, organismos similares en los Estados miembros e inclusive visitas formales realizadas personalmente por el Defensor del Pueblo Europeo a los Estados miembros.

En el período del 1 de enero del 2001 al 31 de diciembre del 2001,¹⁴² los asuntos tramitados en total por la secretaría del Defensor del Pueblo sumaron 2.179 casos, de los cuales se admitió el 92%. De éstos, 524 (el 29%) eran del ámbito de su competencia; los restantes 1.306 (el 71%) fueron transmitidos a otros organismos competentes o como peticiones al Parlamento.¹⁴³ El

141 Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, Informe en el Ejercicio Parlamentario 1995-1996, p. 4-5.

142 El Defensor del Pueblo Europeo, Informe Anual año 2001, <www.euro-ombudsman.eu>. Como referencia: en 1996, la secretaría del Defensor del Pueblo se ocupó de 1.041 casos; 842 eran reclamaciones recibidas en ese año, 46 procedían de asociaciones y 40 de empresas; las restantes 717 fueron reclamaciones presentadas por particulares. De éstas, 29 fueron transmitidas a través de Diputados al Parlamento Europeo y 10 a través de la Comisión de Peticiones con el consentimiento del peticionario para que se tramitaran como reclamaciones; el Defensor del Pueblo también inició tres investigaciones de oficio. En 34 de estos casos se detectó mala administración; 32 de ellos se archivaron luego de hacer las observaciones y críticas a la institución u organismo afectado; una de las investigaciones de oficio tuvo como resultado un proyecto de recomendación para el organismo en cuestión. De los 243 casos considerados improcedentes, también se hicieron recomendaciones a los reclamantes para que se dirigieran a los organismos competentes; 130 correspondían al Defensor del Pueblo nacional o a otro organismo similar y 47 debían ser presentados como peticiones al Parlamento. Apartado 1 del artículo 138.E del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el apartado 8 del artículo 3 de la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones.

143 Véanse Apéndices 3, 4 y 5, que complementan la información referente a instituciones y órganos objeto de la investigación, el tipo de mala administración alegado y la distribución del número de reclamaciones, según los países de residencia de los autores.

Defensor del Pueblo también inició cuatro investigaciones de oficio. Como muchas de las reclamaciones inadmisibles se refieren a problemas relacionados con el derecho comunitario, se ha visto la necesidad de organizar seminarios para establecer mecanismos de cooperación, intercambio e información destinados fundamentalmente a profundizar y promocionar los conocimientos de derecho comunitario en todos los niveles.

El procedimiento que siguen las reclamaciones enviadas al Defensor del Pueblo empieza con el registro y el envío inmediato del acuse de recibo al reclamante. Esta carta informa al reclamante sobre el procedimiento de examen de su reclamación y le indica el nombre y el número de teléfono del funcionario jurista que se ocupa de ella. En segundo lugar se determina si la reclamación se encuentra dentro del ámbito de las competencias del Defensor, establecidas en el artículo 138 E del Tratado de la Comunidad Europea ya citado. En caso afirmativo, debe además cumplir con otros criterios de admisibilidad establecidos por el Estatuto del Defensor, que son los siguientes:

- 1) Deben quedar patentes el objeto de la reclamación y la persona de la que procede (apartado 3 del artículo 2 del Estatuto).
- 2) La reclamación debe presentarse en el plazo de dos años contados desde que los hechos que la motivan llegaran al conocimiento del reclamante (apartado 4 del artículo 2).
- 3) La reclamación debe ir precedida de los procedimientos administrativos adecuados ante la institución u órgano de que se trate (apartado 4 del artículo 2).
- 4) En caso de reclamaciones relativas a las relaciones laborales entre las instituciones u órganos y sus funcionarios y agentes, deben haberse agotado las posibilidades de solicitud o reclamación administrativa interna antes de presentar la reclamación (apartado 8 del artículo 2). El Defensor del Pueblo no puede intervenir en causas que se sigan ante los tribunales ni poner en tela de juicio una sentencia judicial (apartado 3 del artículo 1).¹⁴⁴

El artículo 138 E del Tratado de la Comunidad Europea establece que el Defensor “llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas”. En algunos casos, aunque la reclamación sea técnicamente admisible, puede ser que no exista la justificación suficiente para que el Defensor abra una investigación. En general, cuando una reclamación ha sido ya previamente tramitada como una petición ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, el Defensor del Pueblo considera que una investigación no se justifica, salvo que se aporten nuevas pruebas. Si una reclamación no es de la competencia o no es admisible al Defensor del Pueblo, éste trata de indicar al recla-

144 Ibidem, p. 14.

mante a qué otra agencia debe dirigirse. Cuando una reclamación cumple con todos los criterios técnicos de admisibilidad descritos y es justificable que se lleven a cabo las investigaciones pertinentes, el Defensor envía la reclamación junto con sus anexos a la institución u órgano comunitario objeto de ella para recabar una primera opinión. Una vez que recibe esta primera opinión, se la transmite al reclamante para que éste a su vez formule sus observaciones.

En ciertos casos, la propia institución u órgano que recepta el reclamo toma las medidas necesarias tendientes a resolver el asunto de la forma más satisfactoria para el reclamante. De ser así, el caso se cierra y se archiva como “resuelto por la institución”. Otras veces el reclamante, luego de recibir la primera opinión, decide retirar la reclamación y el asunto queda archivado por ese motivo. Si el reclamante no desiste de proseguir con la reclamación o la institución no logra resolverla, el Defensor del Pueblo debe persistir con la investigación hasta resolver si ésta revela o no un caso de mala administración. Cuando ello no se detecta, se informa al reclamante y a la institución y se procede a archivar el caso.

Cuando el producto de la investigación revela mala administración, el Defensor del Pueblo trata de solucionar y eliminar el problema amistosamente para satisfacer al reclamante. No siempre la intervención mediadora del Defensor da resultado; cuando esto ocurre, el caso se archiva con una observación crítica a la institución o al órgano de que se trate. Esta decisión del Defensor del Pueblo se toma cuando no parece que el caso de mala administración tenga consecuencias generales o no amerite una nueva participación de la autoridad. Mas, cuando se reconoce oficialmente la mala administración, se adjunta un proyecto de recomendación al cual la institución u órgano comprometido debe contestar con un informe detallado en el plazo de tres meses, conforme lo establece el apartado 6 del artículo 3 del Estatuto del Defensor del Pueblo. El informe consiste por lo general en la aceptación de la decisión y una descripción de las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones sugeridas por el Defensor del Pueblo.¹⁴⁵

La labor informativa a los ciudadanos europeos sigue siendo prioritaria dentro de las actividades del Defensor del Pueblo. Varias estrategias se han implementado con respecto a los medios de comunicación y la difusión de las actividades que éste realiza con el fin de no crear falsas expectativas y evitar las reclamaciones que caen fuera de su competencia. En general dentro de su labor inicial, las funciones, los métodos de trabajo y las tareas administrativas necesarias para su establecimiento han sido consolidados, permitiendo de esta forma aportar a la institución en la tarea de convertir al dere-

145 Véase Apéndice n° 6: Defensor del Pueblo europeo, jurisprudencia.

cho comunitario en una realidad dotada, según la opinión de Söderman, de “un compromiso genuino entre las partes afectadas para lograr una Europa con una dimensión más humana y social para sus ciudadanos”.¹⁴⁶

Indudablemente, el desarrollo de los derechos humanos en los países de Europa Central y del Este¹⁴⁷ luego de la caída del Muro del Berlín es un antecedente fundamental para la consolidación de la figura del Ombudsman en el ámbito europeo, donde, justamente por la diversidad de desarrollo democrático de aquellos países, se acopla perfectamente el nuevo modelo portugués-español acuñado con las nuevas características que serán igual de relevantes ya no sólo en el contexto latinoamericano, sino también en el africano y en todas aquellas regiones del mundo donde el control del poder estatal y el equilibrio que debe existir entre éste y sus gobernados perturba y atropella el respeto a sus derechos. No obstante, sabemos que la situación es más severa en aquellos países en los cuales, aparte del abuso del poder, la ineficiencia, irresponsabilidad, desprestigio de la justicia y falta de mecanismos directos de solución y control democráticos, existen también otros factores como pobreza, hambre, enfermedades, analfabetismo, inestabilidad política, corrupción, retraso tecnológico, falta de medios productivos, etc. En estas condiciones es aún más difícil mantener y lograr el “ideal” de la democracia, de la justicia social y de los derechos humanos universales.

Es alentador, sin embargo, notar que, a pesar de la “crisis humana” que nos rodea, el Ombudsman sigue encontrando aceptación como una alternativa confiable hacia el logro de una democracia “plena”, como lo demuestra el incremento registrado¹⁴⁸ en la última década.

6. El Defensor del Pueblo en América

En 1819, durante el Congreso de Angostura, en medio del movimiento independentista en América, Simón Bolívar, a propósito de la forma como debía organizarse el Estado, expresó la necesidad de formar un “poder moral” que le diera a la República una cuarta potestad encargada de la infancia y el corazón de los hombres.

146 Informe Anual del Defensor del Pueblo europeo, 1996; palabras expresadas por el Sr. Jacob Söderman, Defensor del Pueblo europeo, en el prólogo, p. 9.

147 Los tratados de paz con los Estados que surgieron o resurgieron en Europa del Este y Central, principalmente Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Yugoslavia, Bulgaria, Albania y Rumania, contenían disposiciones sobre la protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas.

148 Ibrahim Kajembo: “Helping people facilitate the attainment of fairness and justice by government”, en Linda C. Reif (ed.): *The International Ombudsman Yearbook*, vol. 2, International Ombudsman Institute, La Haya-Boston-Londres, 1998, pp. 166-179. El autor cita en su artículo varios informes en los que enumera algunos países africanos y el número de quejas recibidas, con lo cual demuestra la aceptación que ha tenido el Ombudsman: Etiopía, Zimbabue, Zambia, Nigeria, Ghana, Togo, Senegal, Lesoto, África del Sur, Tanzania, Uganda, Malawi y Mauricio.

La jurisdicción de este tribunal verdaderamente santo, deberá ser efectiva con respecto a la educación y a la instrucción y de opinión solamente en las penas y castigos [...].¹⁴⁹

En América Latina¹⁵⁰ existe una gran variedad de Ombudsman o Defensores del Pueblo, diferentes no sólo en cuanto a su denominación sino en cuanto a sus modalidades. Tenemos Ombudsman en Guyana, Trinidad y Tobago, Antigua y Barbuda;¹⁵¹ Ouvidurias en Brasil; Comisionado Parlamentario en Santa Lucía; Procuradores de Derechos Humanos en Guatemala, Nicaragua y El Salvador; Procurador del Ciudadano o Magistrado del Pueblo de Puerto Rico; Comisionado de Derechos Humanos en Honduras, nacionales y estatales en México; Defensor Público de Jamaica; Defensores de los Habitantes de Costa Rica; y numerosos Defensores o Defensorías del Pueblo nacionales, regionales y provinciales en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, República Dominicana, Paraguay y Perú. Este fenómeno responde lógicamente a varias circunstancias históricas y realidades específicas de cada país; sin embargo, en todos ellos se dan las características jurídicas esenciales que ya hemos señalado, en algunos casos dentro de la doctrina internacional del derecho comparado, y que veremos en detalle en este capítulo.

Como el antecedente histórico más cercano al surgimiento de esta figura y su posterior adopción en la mayoría de países de América Latina debemos citar al Defensor del Pueblo español¹⁵² y al Promotor de Justicia de Portugal,¹⁵³ antes que a la figura originaria, el Ombudsman escandinavo.

Jorge Santistevan de Noriega¹⁵⁴ dice que “el Ombudsman llega a Ibero-

149 <www.defensoria.org.co>.

150 En el desarrollo de este título nos referiremos básicamente al Ombudsman o Defensor del Pueblo de los países latinoamericanos. La adopción de esta figura en Canadá y los Estados Unidos responde a otras circunstancias, tanto temporales como sociales y políticas. Al tratar de los Ombudsman sectoriales o especiales, así como de las organizaciones internacionales de Ombudsman, conoceremos algo acerca de sus antecedentes históricos.

151 Países de los cuales desafortunadamente no me ha sido posible conseguir ninguna información directa.

152 Hemos mencionado ya algo de los antecedentes históricos de la figura del Ombudsman, en el recorrido que hemos hecho a través del derecho comparado, que en España adopta el nombre de Defensor del Pueblo. Desde una perspectiva histórica, debido a la similitud de funciones, en el capítulo sobre derecho comparado hemos señalado a personajes similares, como la del Protector de los Naturales, figura que podría considerarse como un posible remoto referente para el caso del la zona geográfica a la cual pertenece el Ecuador. Otros autores, como por ejemplo en el caso de México, han señalado a la Procuraduría de Pobres, creada en 1947; o a los Personeros Municipales en Colombia; el *Tucuyricuy* (‘el que todo lo ve’) durante los siglos XI al XVI en el Imperio Inca en el Perú, etc., como contrapartes y antecedentes históricos de la figura actual.

153 Carta Democrática de Portugal de 25 de abril de 1976, posteriormente reformada el 24 de septiembre de 1982. El Promotor de Justicia de Portugal se instituye mediante decreto-ley 212/1975 del 21 de abril, constitucionalizado en el artículo 24 de la Carta Democrática de 25 de abril de 1976 y posteriormente reformada el 24 de septiembre de 1982, sin cambios en el artículo 23 que dispone: “Los ciudadanos pueden presentar quejas por acciones u omisiones de los poderes públicos al Promotor de la Justicia, quien las apreciará sin facultades decisorias, dirigiendo a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias [...] con el fin de asegurar la justicia y la legalidad de la Administración a través de medios carentes de formalidades [...] mediante la fiscalización inmediata o la preparación de reformas”. Su finalidad principal es la de “garantizar las libertades fundamentales establecidas en favor de los ciudadanos mediante el control de la Administración pública”.

154 Jorge Santistevan de Noriega: “El Defensor del Pueblo en Iberoamérica”, en Antonio Rovira Viñas (dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2002, p. 945.

américa como preocupación intelectual antes que como creación constitucional” y se refiere a dos períodos: el primero entre los años cincuenta y ochenta, vinculado al Derecho Administrativo, en el cual se conoce a la figura jurídica del Ombudsman a través de la promoción en el ambiente académico e intelectual,¹⁵⁵ como una institución encargada de controlar los actos administrativos; y el segundo, a fines del siglo XX, vinculado al derecho constitucional a través de las experiencias directas de Portugal y de España para promover la defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, antes de la adopción de la figura del Ombudsman en Portugal y España, señala que Guyana (1966) y Trinidad y Tobago (1976) lo incorporan constitucionalmente gracias a la gestión de la Comisión Internacional de Juristas y la influencia de Nueva Zelanda y los países de la Mancomunidad Británica.¹⁵⁶ Puerto Rico también se suma a los países promotores con un modelo semejante al anglosajón: el Procurador del Ciudadano o Magistrado del Pueblo se crea mediante la ley n° 134 de 30 de junio de 1977, enmendada por la ley n° 6 del 16 de mayo de 1987, con “el mandato de investigar los actos de las agencias de Estado e incidencia en la supervisión de la prestación de servicios públicos a la población”; es nombrado por el Gobernador con el consentimiento de la mayoría del Congreso y su actividad está más vinculada al derecho administrativo, aunque cabe señalar un interés reciente en la reivindicación de los derechos fundamentales.¹⁵⁷

Al decir de Camargo e Gomes,¹⁵⁸ también citado por Santistevan de Noriega:

Desde el punto de vista de una perspectiva evolutiva de la institución, la innovación portuguesa más significativa [...] se refiere a la tutela privilegiada de los derechos humanos, hasta entonces no consignada en el ámbito de competencia de los Ombudsman.¹⁵⁹

Esta característica especial que adoptan ambos Ombudsman responde a las condiciones históricas concretas de ambos países. En Portugal, la Revolución de Abril que puso fin a la dictadura de Salazar y dio lugar a la Constitución de 1976, y en España, tras la muerte de Franco, en el inicio de los Pac-

155 Héctor Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos. Control judicial, amparo, Ombudsman La protección jurídica de los derechos humanos en Latinoamérica: hábeas corpus, amparo y Ombudsman”, en *El Derecho Público de Finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV, Madrid, 1993, pp. 601-633. Véase el cap. 3, “Instituto Internacional y Latinoamericano del Ombudsman”.

156 Jamaica podría incluirse también dentro de este grupo, regulada por el sistema anglosajón.

157 FIO, IV Congreso de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, San Juan de Puerto Rico, diciembre 2001, apoyo solicitado por el Magistrado del Pueblo referente a la isla de Vieques.

158 Manuel Eduardo Camargo E Gomes: “Do Instituto do Ombudsman á Constituição das Ouvidorias públicas no Brasil”, en Rubens Ponto Lara: *A Ouvidoria na Esfera Pública Brasileira*, Curitiba, 2000, p. 57.

159 Santistevan de Noriega: art. cit., p. 949.

tos de la Moncloa y la consolidación de la Constitución de 1978, marcan un proceso hacia la transición democrática que a su juicio son también “una significativa coincidencia con la democratización que buscan las sociedades iberoamericanas a partir de los setenta”.¹⁶⁰

Entonces, al igual que el modelo español y el portugués que se toman como referencia, el surgimiento de la institución del Ombudsman en la mayoría de los países de América Latina supera la responsabilidad inicial de controlar los casos de mala administración, si bien las motivaciones iniciales de la expansión del intervencionismo estatal eran ya una inquietud presente en los gobiernos, tratadistas e intelectuales del derecho¹⁶¹ y que podía parecer ya clara también en nuestro continente. Sin embargo, ésta no fue una inquietud de primer orden en el momento histórico concreto. Su adopción se hizo reconociendo la mayor importancia que éste adquiere como un órgano de control en el nivel constitucional, como un órgano autónomo cuya jerarquía requiere de la reglamentación en una ley orgánica que defina sus facultades para afrontar los hechos que protagonizan la problemática social concreta de cada país, manifiesta en necesidades apremiantes como el respeto de los derechos económicos, sociales, culturales, medioambientales, de género, de los pueblos indígenas y de grupos sociales minoritarios, débiles o desfavorecidos, los derechos de los consumidores, la acción pública, demandas populares, los intereses colectivos, comunales, difusos, de integración, globalización, de mercado, de privatización, el impacto de las transnacionales, el intervencionismo, la migración masiva, las drogas, la guerrilla, el populismo, etc.

Visto este periodo de transición como marco de adopción de la institución defensorial, Santiestevan de Noriega distingue cinco grupos de países¹⁶² que por sus condiciones similares definen las peculiaridades del Ombudsman en Latinoamérica. Por su parte, Fix-Zamudio, en su análisis del derecho latinoamericano, menciona ya como un “primer paso dirigido a la posibilidad de crear la institución en Latinoamérica, [...] la introducción de instrumentos paralelos, tales como las procuradurías del Consumidor en los ordenamientos de Venezuela (1974), Costa Rica (1976) y en México (1976)” y las facultades limitadas de tutela de los administrados que también se ha conferido al ministerio público, a través de la recepción e investigación de reclamaciones, en su carácter de representante de los intereses sociales. En este sentido alude a “la reforma constitucional colombiana de 1979 [...] y a la ley orgánica expedida en México en 1983, que atribuyeron dichas funciones a la

160 Ibidem.

161 Las referencias constan como antecedentes a la aparición del Ombudsman en la cronología que se hace respecto a cada país.

162 Ibidem, pp. 951-958: a) Argentina y Colombia; b) México y Brasil; c) Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; d) Chile, Uruguay, Paraguay y República Dominicana; y e) Haití.

Procuraduría General de la Nación o de la República, respectivamente. Una segunda etapa ha consistido en la consagración de organismos de fiscalización administrativa de acuerdo con el modelo del ombudsman en legislaciones de carácter local, en especial con ámbito municipal”: Colima (1984) y Buenos Aires (1986).

Finalmente, toda esta evolución ha desembocado en el establecimiento de dos procuradurías de los Derechos Humanos, la primera en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Costa Rica, expedida en 1982 como una dependencia específica de este organismo; y la segunda, en la Constitución guatemalteca de 1985.¹⁶³

Un diagnóstico general de la región en la década de los setenta y ochenta permite visualizar un proceso de paz y de consolidación de la democracia después de varios años de dictadura y de gobiernos autoritarios. El Ombudsman se presenta como la institución afín, creada, al decir del comisionado de Honduras, Leo Valladares Lanza, no para reemplazar las instituciones del orden jurídico existente, pero sí para actuar como un complemento y hacer que éstas cumplan con su deber.¹⁶⁴ En esta dialéctica, el defensor debe crecer conjuntamente con el pueblo y responder a nuevos retos, distintos y muy propios de la realidad latinoamericana, donde se pensaba sobre todo que, de repetirse gobiernos dictatoriales y autoritarios, la institución del Ombudsman o del Defensor del Pueblo sobreviviría para que los Parlamentos pudieran cumplir con la misión de resguardo de tales derechos. Surge así una figura con características propias, producto del mestizaje, un *ombudsman criollo*, como lo ha llamado el mexicano Jorge Madrazo.¹⁶⁵

6.1. México

Siguiendo un orden geográfico de disposición de los países, de norte a sur del continente, tenemos en primer lugar a México. Allí, la inquietud por conocer y estudiar la figura del Ombudsman tiene una larga trayectoria, sobre todo en los círculos intelectuales¹⁶⁶ y académicos. Son conocidos los trabajos del Prof. Héctor Fix-Zamudio,¹⁶⁷ quien veía que el interés mostrado por los juristas

163 Héctor Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman en el derecho latinoamericano”, en *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la Institución del Ombudsman en Suecia*, UNAM, México, 1986, pp. 51-52.

164 Leo Valladares Lanza: “The challenges facing the Ombudsman in Latin America”, en Reif: o. cit., pp. 159-165.

165 Jorge Madrazo: *El Ombudsman criollo*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF, 1996.

166 Lucio Cabrera Acevedo: “Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario de Escandinavia”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n° 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580.

167 Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, miembro de El Colegio Nacional. Entre sus obras cuentan: “Reflexiones comparativas sobre el ombudsman”, en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1979, México, 1980, pp. 99-149; “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 263-273; y “La solución escandinava: el ombudsman”, capítulo VI en *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 281-344.

latinoamericanos y la presentación de varios proyectos “tanto de carácter constitucional como legislativo”, ya para entonces mostraba la tendencia de que la figura del Ombudsman se incrementaría “inclusive con la consagración incipiente de la institución, [...] ésta lograría en poco tiempo, el propósito —que es ineludible por el crecimiento desorbitado e irreversible de la administración pública en el moderno Estado de derecho social—”.¹⁶⁸ En 1973, el Fondo de Cultura Económica, publicó por primera vez en castellano la obra de Donald Rowat¹⁶⁹ con el prólogo del tratadista mexicano Daniel Escalante.

Como institución paralela encargada de vigilar la observancia de los principios de constitucionalidad y de legalidad, sin perjuicio de las facultades que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas, está la Procuraduría General de la República Mexicana, promulgada el 17 de noviembre de 1983. Dentro de la función de vigilancia dispone que, cuando los particulares presenten al Ministerio Público quejas por actos de otras autoridades que no constituyan delitos del orden federal, el Procurador General pondrá en conocimiento de la autoridad a la que compete resolver, orientando al interesado sobre la vía que legalmente corresponda.¹⁷⁰ Los tratadistas que han analizado estas atribuciones “consideran que se trata de una función similar a la del *ombudsman*, aun cuando en México carezca de autonomía funcional” (depende en forma directa del Presidente de la República, quien designa y remueve a su titular), “y además no le compete formular dictámenes para proponer soluciones a las autoridades respectivas ni tampoco elaborar informes periódicos sobre las reclamaciones que se proponen y los resultados de sus gestiones”.¹⁷¹ Sin embargo, “en este interés aflora el germen de lo que pudiera ser, con las modalidades y correcciones que las circunstancias y la experiencia exijan, un *ombudsman* mexicano”.¹⁷²

Algunos otros antecedentes que merecen ser citados son la creación de la Ley Federal de Protección al Consumidor, del 19 de diciembre de 1975, y la ya mencionada Procuraduría Federal del Consumidor, creada en 1976. Este organismo con personalidad jurídica y patrimonio propio fue establecido para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora y fiscalizar las actividades de los proveedores de bienes y servicios en beneficio de los consumidores, y sólo excepcionalmente actuar frente a las autoridades administrativas;¹⁷³ el artículo 66 de la ley, reformado por decreto publicado el 7 de fe-

168 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 35.

169 Rowat: *El Ombudsman...*, o. cit., 1973.

170 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República Mexicana, artículos 2, I y 3, III.

171 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 46.

172 Sergio García Ramírez: “La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, citado por Héctor Fix-Zamudio: *La Defensoría de los derechos universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, UNAM, México, 1986, p. 46.

173 José Ovalle Favela: “Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México”, en *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM, 1981, pp. 253-279.

brero de 1985, establece que el Procurador, “para los efectos de las funciones que le atribuye esta ley, podrá emplear los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta el importe de cien veces el salario mínimo general diario correspondiente al Distrito Federal [...] II. El auxilio de la fuerza pública. Si fuere insuficiente el apremio se procederá contra el rebelde por el delito en contra de la autoridad”. Su máximo funcionario es el Procurador Federal designado y removido libremente por el Presidente de la República.¹⁷⁴

Además existe el Defensor de los Derechos Universitarios, aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985, para atender quejas y reclamos de este sector. En el ámbito local existe también una primera iniciativa, presentada el 23 de diciembre de 1978 por el entonces gobernador del estado de Nuevo León, Pedro Zorrilla Martínez, para establecer una Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos. Luego, a nivel municipal se ha aprobado la creación del Procurador de Vecinos de Colima, de 21 de noviembre de 1983, e institucionalizado en la Ley Orgánica Municipal de 8 de diciembre de 1984. El Procurador es designado por el Cabildo a propuesta del Presidente Municipal y sus atribuciones incluyen aquellas propias del Ombudsman, como recibir e investigar quejas, proponer soluciones, emitir informes, etc. Posteriormente tenemos la Comisión del Estado de Guerrero, de 1990, y la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de Baja California, de 1991, también encargadas de tratar quejas sobre derechos humanos.

El 5 de junio de 1990, por decreto presidencial, en un acto calificado de histórico por cuanto recogió una demanda social, bajo la administración del presidente Salinas de Gortari se crea la Dirección Nacional de Derechos Humanos, dependiente de la Secretaría de Gobernación.

Dicha Comisión tenía una estructura peculiar en cuanto su titular era nombrado por el Presidente de la República y contaba con el auxilio de personal técnico y administrativo designado por el titular de dicha Comisión. Como una innovación del citado Decreto Presidencial, la Comisión se integraba también con un Consejo formado por diez miembros de carácter honorífico dotados de notorio prestigio moral y pertenecientes a las diversas corrientes políticas y de opinión, que estaba encargado de señalar las directrices y lineamientos generales de la actividad tutelar y de promoción de derechos humanos que correspondía a dicha Comisión.¹⁷⁵

Fue justamente esta característica la que posibilitó su difusión y el reconocimiento de su labor, manifiesta en varios proyectos y reformas legislativas, así como su posterior reconocimiento a nivel constitucional.

174 Héctor Fix-Zamudio (“Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 43) lo concibe por sus características dentro de la categoría de *executive ombudsman*, carente de verdadera autonomía funcional. Véase el capítulo III, Los Ombudsman sectoriales o especiales, el Ombudsman del Consumidor.

175 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 629.

El 28 de enero de 1992 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, donde se adiciona el apartado B, que establece la necesidad de crear organismos de protección de los derechos humanos con capacidad de conocer las “quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”. También se excepcionan las quejas referentes al orden electoral y se prevé la existencia de un mecanismo de apelación en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones que formulen a los organismos equivalentes de los Estados. El resultado de esta reforma constitucional fue la emisión de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), de 29 de julio de 1992, y el 12 de noviembre del mismo año su Reglamento Interno. Sin lugar a dudas, la misión fundamental de la institución del Comisionado mexicano también es la protección de los derechos humanos previstos en el orden jurídico mexicano; éstos son los derechos establecidos en la Constitución Federal, así como los tratados internacionales aprobados por el Estado.

Otras características propias que le competen son la “promoción, estudio y divulgación” de los derechos humanos, y la posibilidad de recurrir en queja, es decir, de utilizar una vía de impugnación a los acuerdos y las recomendaciones de la CNDH a pesar de que sus resoluciones no tienen carácter legal como para reconocer o negar derechos. El titular sigue siendo nombrado por el Presidente de la República, pero la designación se somete a la aprobación de la Cámara de Senadores y en sus recesos a la Comisión Permanente del Congreso Federal; la duración del cargo es de cuatro años reelegibles. Se mantiene el Consejo Asesor de diez personas, de las cuales por lo menos siete no deben tener cargos públicos. Nombradas por el Presidente, también con aprobación del Senado Federal, desempeñan sus cargos de manera honorífica.¹⁷⁶

El sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos se encuentra integrado por 33 instituciones; aparte de la Comisión Nacional, 31 relativas a los estados de la Federación tienen también carácter autónomo y sus titulares son propuestos por el Gobernador con la aprobación de la legislatura local, y en el Distrito Federal que tiene su propia ley orgánica, publicada el 23 de junio de 1993, el nombramiento de su titular le corresponde también el Presidente de la República con la aprobación de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. Actualmente este sistema de protección es el más grande del mundo; se encuentra funcionando plenamente y, como se señala en *El*

176 Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de 29 de julio de 1992, artículos 9, 10, 11, 17 y 18; y Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) del 12 de noviembre del mismo año.

Cotidiano,¹⁷⁷ los logros jurídicos de la CNDH se han complementado con los avances en materia de comunicación social. Afirmaba el presidente fundador, Jorge Carpizo: “los que laboramos en la Comisión Nacional realizamos el cincuenta por ciento del trabajo; ustedes, al informar objetivamente y bien, hacen el otro cincuenta por ciento”.

6.2. Guatemala

Guatemala es el primer país en Centroamérica que instauro el Ombudsman en su Constitución. Como antecedente doctrinal inmediato podemos citar la obra de los tratadistas guatemaltecos Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez,¹⁷⁸ que influyó en el Congreso Constituyente que elaboró la carta expedida el 31 de mayo de 1985. Los autores citan, además, que en las Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados en mayo de 1984, se aceptó y se acordó recomendar la propuesta de Edgar Alfredo Balsells Tojo sobre la incorporación en la nueva Constitución de un organismo denominado *Procurador de los Derechos Humanos*¹⁷⁹ para evitar la constante violación de los derechos fundamentales y que pudiera “remediar y restablecer los propios derechos vulnerados”. El capítulo V, título VI (“De las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”), artículo 273, establece:

Comisión de Derechos Humanos y Procurador. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo. Esta comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo.

El Procurador de los Derechos Humanos es un Comisionado del Congreso de la República cuyas funciones están reguladas en la ley del 1 de octubre de 1986, reformada posteriormente por decreto legislativo de 27 de mayo de 1978.¹⁸⁰ Aunque básicamente su nombramiento y funciones responden al mo-

177 Armando Alfonzo: “Los medios de comunicación social y la opinión pública: aliados imprescindibles del ombudsman”, en *El Cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, n° 63 julio-agosto, 1994, p. 81.

178 Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez: *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1984, pp. 191-196: “Se consagrará la figura del defensor del ciudadano, de acuerdo con la concepción clásica del ombudsman, es decir como delegado autónomo del Congreso, en su función complementaria de los procedimientos de control del poder público y en especial de la administración, con la doble finalidad de asegurar la adecuada actividad administrativa y tutelar de los derechos de las personas frente a la administración a través de un mecanismo sencillo, sin formalismos, expedito y sin facultades de revisión”.

179 Término con el cual se acuñó a los ombudsman o defensores del pueblo en El Salvador, Guatemala y Nicaragua.

180 De León Carpio, procurador de los Derechos Humanos, 1992, citado por Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 627.

delo clásico y a la influencia española, como emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales, paradójicamente en el ámbito de su competencia se indica que se trata de una institución que se inspira en el Ombudsman; sin embargo, al mismo tiempo supone también la adopción de algunas competencias muy particulares como la legitimación activa, (artículo 275 f) para promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente; y, sobre todo, la posibilidad de adoptar todo tipo de quejas relacionadas con la violación de los derechos humanos, ya sean aquellas imputables a la administración pública o a sus funcionarios, o aquellas que surgen de las relaciones entre particulares. Fix-Zamudio menciona que una función que debe destacarse “es la que consiste en actuar de oficio o a instancia de parte con la debida diligencia para que, durante el *régimen de excepción*, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales, cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida (artículo 275)”.¹⁸¹ Esta es fundamentalmente la razón de ser del Procurador y la de su nombre.

6.3. Belice

En Belice nuevamente tenemos un Ombudsman como funcionario encargado de la defensa de los derechos humanos; esto se debe a que era un país de habla inglesa. A partir de las guerras civiles de Nicaragua, el Salvador y Guatemala, muchos refugiados se radicaron y nacionalizaron allí. Actualmente la mayoría de la población habla español y la configuración étnica es sumamente variada. La integración de estos varios grupos étnicos —hispanos, chinos, mayas, taiguaneses, indús, criollos, menonitas, garífonos—, las influencias culturales externas y los procesos políticos y económicos propios son los principales desafíos que enfrenta la nación. En este proceso de integración no hay una definición clara del alcance de los derechos humanos y no deja de haber discriminaciones y reclamos a las concesiones estatales hechas a ciertos grupos étnicos.

La oficina del Defensor del Pueblo, Ombudsman, se institucionalizó a través de la Ley del Ombudsman (*Ombudsman Act*. n° 7-1994), cuya sección 22(1) señala:

[...] Si el Defensor del pueblo encuentra en sus investigaciones que por parte de funcionarios o miembros de cualquier autoridad que cometa violación a los derechos humanos, él referirá la materia a la persona o cuerpo de personas competentes, recomendará tomar procedimientos disciplinarios adecuados contra ese funcionario o miembro y en todos los casos un informe especial lo presentará ante la Asamblea Nacional.¹⁸²

181 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 50.

182 <www.codehuca.or.cr>.

El primer ombudsman fue nombrado el 8 de julio de 1999, año en el cual entró en vigencia la Ley. El *Ombudsman* en Belice es un funcionario del Parlamento con estatus de juez de la Corte Suprema; su misión, otorgada por la Asamblea Nacional, es la de vigilar la administración pero sin poder ejecutivo. Tiene la autoridad de revisar los expedientes dentro de los ministerios de Gobierno para investigar al personal administrativo y determinar si ellos están realizando correctamente su trabajo; puede seguir las quejas inclusive por iniciativa propia, pero la función más importante es indudablemente la educación y difusión de los derechos humanos, que no es competencia exclusiva de esta oficina sino de los organismos oficiales, escuelas y el resto de la sociedad civil, obligada a colaborar conjuntamente en su desarrollo.

6.4. El Salvador

En El Salvador, la Procuraduría de Derechos Humanos está vinculada directamente a los acuerdos de paz que se firmaron entre el Gobierno y el Frente Farabundo Martí para poner fin a la guerra civil, en la ciudad de México el 27 de abril de 1991. El apartado II, 1.c de dicho acuerdo propuso la creación del Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos, con la misión fundamental de defender los derechos humanos en todo el país y de “supervisar la actuación de la administración pública frente a las personas”. Este acuerdo dio lugar a diferentes modificaciones en los artículos 191 y 194 de la Constitución que se introdujeron mediante decreto legislativo de 31 de octubre de 1991. En relación con las competencias, el 20 de febrero de 1992 la Asamblea Legislativa aprobó la ley que la regula; el Procurador es elegido por la mayoría calificada de dos tercios de los diputados a la Asamblea Legislativa por un periodo de tres años reelegibles; al igual que su nombramiento, la destitución está a cargo de la misma Asamblea, con el mismo voto y sólo por causas legales, con lo cual se refuerza su independencia. En las capacidades que se le otorgan, no se hace ninguna diferenciación entre las quejas que se refieran a las violaciones cometidas por la administración o entre los particulares, y se le confiere la misma capacidad de interponer recursos judiciales o administrativos. Una característica especial es que tiene, además de la obligación de emitir informes y recomendaciones a la Asamblea Legislativa, la obligación de participar con sus criterios en los proyectos de Ley.

6.5. Honduras

Honduras también se vio afectada por las secuelas de la posguerra de los países vecinos, sobre todo al recibir a una gran cantidad de refugiados en los campamentos fronterizos. Respondiendo a estas necesidades y considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados

internacionales sobre la materia fueron ratificados por el Gobierno, con el auspicio de la Secretaría de las Naciones Unidas, incorpora al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos mediante decreto ejecutivo n° 26-92 del 8 de junio de 1992 y reformado por el decreto ejecutivo n° 51-92 del 8 de septiembre del mismo año, el cual fue elevado al rango de constitucional por decreto n° 2-95 de fecha 7 de febrero de 1995. La Ley Orgánica entró en vigencia en noviembre del mismo año.

6.6. Nicaragua

En Nicaragua, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) fue creada mediante la ley n° 212, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 7 del 10 de enero de 1996. La Procuraduría es un organismo independiente, con personería jurídica propia y autonomía funcional administrativa, a cargo de un Procurador y un Subprocurador, ambos electos por la Asamblea Nacional para un periodo de cinco años. Actualmente la institución se encuentra organizada en tres niveles: la Dirección Técnica Administrativa, compuesta por el Procurador, el Subprocurador, la Secretaría General, los Procuradores Especiales y Directores; el segundo nivel cuenta con las Procuradurías Especiales de la Niñez y Adolescencia, de la Mujer, Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas; y el tercero, con las Direcciones de Programación, organizadas en departamentos. Actualmente se ha creado además una oficina de atención a los inmigrantes.

6.7. Costa Rica

Costa Rica cuenta con una larga relación de antecedentes;¹⁸³ hemos citado ya la Ley de Protección y Defensa del Consumidor, del 28 de febrero de 1975 con reformas de 22 de septiembre de 1982. En el mes de noviembre de 1979, un grupo de diputados del Partido de Liberación Nacional presentó un proyecto de reforma a la Constitución de 1949 y propuso una adición al artículo 48 para regular el recurso de amparo, con la creación de un Defensor de los Derechos Humanos designado por las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa.¹⁸⁴ Independientemente, el 27 de septiembre de 1982 se promul-

183 Enrique Rojas: "El ombudsman, protector de ciudadanos frente a la administración pública y vigilancia de las libertades públicas", *Revista de Ciencias Jurídicas*, ensayos comparativos, n° 30, San José de Costa Rica, septiembre-diciembre de 1976, pp. 147-186; y Hugo Alfonso Muñoz Q. y Carlos Rivera B.: "El ombudsman (posibilidades de incorporarlo en Costa Rica)", en *Revista Jurídica de Costa Rica*, n° 10, diciembre de 1978, pp. 35-43.

184 Reforma a la Constitución de 1949, artículo 48, referente al recurso de amparo que propone la creación de un Defensor de los Derechos Humanos. "Exposición de motivos: Se impone crear en Costa Rica la figura que en otras democracias se llama *ombudsman*. La hace necesaria la urgente protección del individuo frente a la potestad pública. Ésta interviene cada vez más en la vida social. Téngase presente que este funcionario será en síntesis, un control de la tarea administrativa, ejercido por la sociedad a través de un órgano jurídico independiente, con amplios poderes de fiscalización: de ahí que el nombre de mediador se ha adoptado en Francia para designar al *ombudsman*, ya que es un mediador entre la administración pública y el administrado".

ga la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, mediante la cual se crea la Procuraduría de Defensa de los Derechos Humanos en el seno de la Procuraduría General. Ésta define a la institución como un órgano superior consultivo técnico de la administración pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia, con independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones.

La ley dispone la elección de dieciocho procuradores sectoriales o especializados, entre los cuales uno era el Procurador para los Derechos Humanos. El Procurador General es designado por el Consejo de Gobierno, pero su nombramiento deberá ser ratificado por la Asamblea Legislativa; está adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, del que depende administrativa y presupuestariamente. La función esencial del Procurador es la de defender los derechos humanos de los habitantes de la República, a través de las investigaciones que considere pertinentes. Para ello recibirá las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios o autoridades administrativas o de policía. En el ejercicio de sus funciones, podrá inspeccionar oficinas públicas sin previo aviso y requerir de ellas documentos e informaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de sus actividades de control. El entonces procurador general, Hugo Alfonso Muñoz, señaló que la creación de la Procuraduría de Defensa de los Derechos Humanos “representaba un esfuerzo del Estado costarricense en cuanto a la protección de las libertades fundamentales, y por ello debía considerarse como órgano único en América Latina”.¹⁸⁵

En 1985 se lleva a cabo en San José un seminario con la participación de varios expertos para, entre otros temas, tratar de incorporar o adaptar la figura original del Defensor del Pueblo en la legislación y en el contexto de las instituciones del país. En la gaceta del 4 de abril de 1986 se publicó un proyecto de ley que en junio de 1987 obtuvo el dictamen favorable de la mayoría de miembros de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, pero que no llegó a obtener la aprobación definitiva del Poder Legislativo. En 1991 se lleva a cabo una consulta legislativa que, aunque resuelve sobre la constitucionalidad del Defensor, anula otros artículos estratégicos de gran importancia para que éste ejerza el cargo con verdadera amplitud y apego total a la figura clásica del Ombudsman; se le niega la inmunidad, se le limita el acceso a los documentos públicos y a hacer comparecer a los participantes, puesto que se entiende que al otorgarle al Defensor “la condición de parte obligada en las investigaciones a cargo de la Inspección Judicial” se le permite interferir en el ejercicio de ésta y se infringe “la independencia constitucional del Poder Judicial”.

Al amparo de lo dispuesto en la Constitución vigente, artículo 140.3, la ley n° 7319 del 17 de noviembre de 1992, publicada en la gaceta del 10 de di-

185 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 49.

ciembre del mismo año, se instituye, adscrito y elegido por la Asamblea Legislativa, el Defensor de los Habitantes de la República de Costa Rica, nominándolo así porque se entendía que en su ámbito protector quedaban incluidos nacionales y extranjeros. El Ombudsman nacional se configura con un notable carácter de generalidad para defender los derechos e intereses de los habitantes. Entre las funciones que se le encomiendan están el velar por que “el funcionamiento del sector público” respete “los principios generales del derecho”, la Constitución, las leyes, los tratados y pactos suscritos por el Gobierno y se ajuste en su actuación “a la moral y a la justicia”; divulgar los derechos de los habitantes, así como también las demás competencias plenamente conocidas y atribuidas a los Ombudsmen.

6.8. Panamá

En Panamá también podemos citar algunos antecedentes a la creación del Defensor del Pueblo actual. En 1990, como resultado de la Legislación de Ejecución del Tratado del Canal de Panamá, se crea el Ombudsman de la Comisión del Canal. En el mismo año, mediante decreto 107, el Tribunal Electoral de la República de Panamá pone en funcionamiento la Dirección de Investigaciones Administrativas, a cuyo funcionario a cargo se denominó *Ombudsman*. Su misión principal era velar por el cumplimiento de las normas administrativas de la institución y proteger los derechos de los ciudadanos. En el campo académico¹⁸⁶ surgen varios estudios realizados durante la década de 1980, en los que se promueve la adopción de la figura del Ombudsman. Con estos antecedentes, en 1992 se presentó un proyecto de reformas constitucionales que no llegaron a ser aprobadas; una de las propuestas fue la de establecer la figura del *Tribuno del Pueblo*, quien tendría entre sus facultades la atribución de decidir si debían ser aceptadas las denuncias promovidas en contra del Procurador General de la República y del Procurador de la Administración. En 1995 se creó una Comisión Presidencial, mediante decreto ejecutivo n° 172 de 27 de abril de 1995, conformada por destacados miembros de organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos interesados en la defensa y promoción de los derechos humanos, tanto nacionales como extranjeros, la cual tenía como meta promover la creación de la Defensoría del Pueblo. En este proceso de consultas fue de gran importancia el respaldo recibido por los Defensores del Pueblo de Centroamérica, Argentina, Puerto Rico, Colombia y España, además de los representantes del Instituto Latinoamericano y Europeo del Ombudsman y de la UNESCO.

Esta Comisión presentó un anteproyecto (ley n° 43), el cual fue ampliamente discutido y finalmente aprobado por la Asamblea Legislativa. Mediante

186 Ricardo Ballard: *El Ombudsman parlamentario de la Administración*, 1982; y Arlene Jones: *El Ombudsman, contralor jurídico de la democracia*, 1983.

ley n° 7 de 5 de febrero de 1997 se creó la Defensoría del Pueblo en la República de Panamá; ésta se constituye como una institución independiente de toda persona, autoridad u órgano del Estado, “con plena autonomía funcional, administrativa y financiera”, según lo establece el artículo 1 de la ley. Su primerísima misión es proteger los derechos establecidos en el título III y demás derechos consagrados en la Constitución Política de la República de Panamá, así como los derechos contenidos en los convenios internacionales de derechos humanos y en la leyes de la República; para lo cual puede inquirir sobre actos, hechos u omisiones de la administración pública—incluyendo como tal al órgano ejecutivo, los gobiernos locales y la fuerza pública— que pudiesen haberse realizado irregularmente; además, puede investigar y denunciar hechos, actos u omisiones de las empresas públicas, mixtas o privadas, personas naturales o jurídicas, que desarrollen un servicio público por concesión o autorización administrativa, así como recomendar anteproyectos de la ley en materia de su competencia, y promover ante la autoridad respectiva que se subsanen las condiciones que provocaron la queja. Según se establece en el artículo 36 y subsiguientes, el Defensor debe presentar durante los primeros seis meses de cada año el informe anual y está facultado para presentar informes especiales cuando lo considere conveniente. Según el numeral 2 del artículo 6 de la ley, la Asamblea Legislativa lo elige mediante votación por mayoría absoluta de sus miembros (la mitad más uno). Asimismo, el artículo 10 de dicha ley establece que el Defensor del Pueblo “tendrá las consideraciones de alta autoridad del Estado”. El artículo 24 dispone: “La Defensoría del Pueblo podrá intervenir de oficio o a instancia del interesado”.

Pese a haberse establecido hace ya cuatro años, la Defensoría del Pueblo todavía presenta una imagen de institución no consolidada, con serias limitaciones para la solución de conflictos con el Estado y una débil incidencia en el trabajo de Derechos Humanos local. Pese a todas sus críticas, la Sociedad Civil alberga aún la posibilidad de una transformación radical en el contenido y metodología de la Defensoría del Pueblo de Panamá, que contribuya decididamente a la defensa y promoción de los Derechos Humanos. De allí sus recomendaciones: Consideramos sumamente importante la invitación de la Defensoría del Pueblo de Panamá a un diálogo e intercambio de experiencias con la Sociedad Civil, sobre todo con las organizaciones que trabajan el área de los Derechos Humanos, siempre que éste se dé desde posiciones de respeto, de apoyo real y apuntando en la dirección de los problemas fundamentales que propician la violación de los Derechos Humanos en nuestro país. Es necesario reformar la ley para darle más independencia a la institución de parte del órgano legislativo.¹⁸⁷

187 <www.codehuca.or.cr>.

6.9. República Dominicana

Entre las islas del Caribe tenemos a la República Dominicana, donde la institución del Ombudsman fue creada por decisión-ley en el año 2001.

6.10. Haití

Respecto a Haití, a pesar de la influencia francesa, el país optó por seguir el modelo del Defensor del Ciudadano de la provincia de Quebec (Canadá), que protege a todo ciudadano contra los abusos de la administración pública.¹⁸⁸

6.11. Cuba

En Cuba, según la información recopilada por Santistevan de Noriega, existe ya un interés intelectual en el tema.¹⁸⁹

6.12. Venezuela

Como antecedentes doctrinales para el surgimiento de la figura del Defensor del Pueblo de Venezuela podríamos citar, en primer lugar, el análisis comparativo realizado por el constitucionalista Humberto J. La Roche;¹⁹⁰ luego, el primer evento latinoamericano con el objetivo de lograr la implantación de la institución: el Primer Coloquio sobre el Proyecto “Ombudsman para la América Latina”, llevado a cabo del 2 al 4 de junio de 1983 en la ciudad de Caracas. Gracias al impulso que dio la Comisión Andina de Juristas,¹⁹¹ los defensores de Venezuela, al igual que de Perú, fueron nombrados en medio de cambios constitucionales de gobiernos con carácter autoritario. El 15 de diciembre de 1999 el pueblo de Venezuela, mediante referendo constituyente, aprobó la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual fue proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de diciembre del mismo año. Según el artículo 280:

[...] la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos. La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor o Defensora del Pueblo, quien será designado o designada por un único período de siete años [...] por la Asamblea Nacio-

188 Constitución de la República de Haití, artículo 207.

189 Santistevan de Noriega: art. cit., p. 945.

190 Humberto J. La Roche: “El Ombudsman en los países nórdicos y el caso de Venezuela”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, n° 19, Maracaibo, 1967, pp. 9-60.

nal mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, según lo establecido en el artículo 279 de la Constitución de la República.¹⁹²

6.13. Colombia

Colombia es quizás uno de los países en Latinoamérica con más antecedentes respecto a esta figura; ya en 1885 hubo una iniciativa de crear un *Poder Cooperativo* para velar por los derechos individuales. En la Constitución de 1886, el tratamiento que se le dio al Ministerio Público fue de tal importancia, que su campo de acción no tenía equivalente ni en Europa ni en América Latina. En 1958 se manifestaba el conocimiento de la “moderna institución del Ombudsman”.¹⁹³ En 1964, por iniciativa del presidente del Senado, se propuso la creación del *Procurador del Congreso para la Administración*. En 1976 se propuso un proyecto que creaba la Proveeduría de la Administración; éstas entre otras muchas iniciativas, como la de las reformas a la Constitución de 1886, de diciembre de 1979, con las cuales se pretendió modificar los artículos 142 y 143 como un intento por conferir al Ministerio Público las facultades de defender los derechos humanos y la efectividad de las garantías sociales de los gobernados.

Sin embargo, estas reformas no pudieron llevarse a cabo en virtud de la extensa sentencia pronunciada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Colombia con fecha 3 de noviembre de 1981, por la cual se [las] declaró inexecutable.¹⁹⁴

La más notable es la experiencia de la Consejería de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, que es el antecedente más cercano del actual Defensor del Pueblo colombiano. Finalmente, en la Asamblea Constituyente que diseñó la Carta de Derechos de 1991, se crea la Defensoría del Pueblo colombiana, que inicia sus funciones en 1992 como parte del Ministerio Público, bajo la dirección del Procurador General de la Nación, como reza el artículo 281 de la Constitución:

El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.

191 Comisión Andina de Juristas: *Defensorías del Pueblo en la Región Andina. Experiencias comparadas*, coordinación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Lima, 2001.

192 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, capítulo II, artículo 16.

193 Enrique Alexis González Parales: “Sobre el Defensor del Pueblo en Colombia”, fotocopia s/f.

194 Fix-Zamudio: “Posibilidad del Ombudsman...”, art. cit., p. 45.

La principal función que se le encomienda es la defensa y la divulgación de los derechos humanos; además, se lo legitima en asuntos de su competencia para interponer acciones populares ante los tribunales y se le reconoce la iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley.

Al igual que en el caso de México, el Defensor colombiano técnicamente no es completamente independiente; la estructura constitucional colombiana es compleja y al mismo tiempo contradictoria cuando señala su dependencia de la Procuraduría y al mismo tiempo prevé que la elección del Procurador se hará por medio de la Cámara de Representantes. Sin embargo, esta disposición singular y las competencias otorgadas por la Constitución, “son el marco lógico de actuación de la Defensoría en medio del conflicto” que vive el país, lo cual se “logra mediante las siguientes acciones integrales: 1) aprendizaje de Derechos Humanos, 2) realización e impulso de Derechos Humanos, y 3) defensa y protección de Derechos Humanos”.

Defender y hacer cumplir los Derechos Humanos, no es fácil en una situación como la colombiana. Ello obliga a la Defensoría del Pueblo a estar atenta ante todas las dinámicas del conflicto y ante los desarrollos de los problemas sociales, políticos, y económicos, procurando reflexionar continuamente sobre las exigencias que demanda el país.¹⁹⁵

Actualmente, la Defensoría del Pueblo colombiana se encuentra funcionando en plenitud; cuenta con varias dependencias como la de Asuntos Constitucionales y Legales; Atención y Trámite de Quejas; Coordinación de Atención al Desplazamiento; Dirección de Promoción y Divulgación; Recursos y Acciones Judiciales; Participación Ciudadana; Indígenas y Minorías Étnicas; Delegada para la Comunicación, la Información y Apoyo a los Asuntos del Despacho, Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria, Delegada para la Niñez, la Juventud y los Ancianos; Derechos Colectivos y de Medio Ambiente; Defensoría Pública, Derechos Sociales, Culturales y Económicos. Administrativamente cuenta con 10 organismos regionales y 15 seccionales.

6.14. Brasil

En el Brasil, la idea de adoptar la figura del Ombudsman también ha tardado en cuajarse en la transición democrática por razonamientos de tipo político, al igual que en otros países de la región. Brasil vivió un largo golpe militar de 1964 a 1985, periodo en el cual se elaboró la constitución de 1967 y los derechos y garantías individuales fueron restringidos. La Constitución de 1988 representa en el campo de los derechos humanos un avance impor-

195 <www.defensoria.org.co>.

tante; reconoce por primera vez, por ejemplo, que no son sólo los individuos, sino también los grupos, los que tienen derechos. La Constitución contempla, asimismo, seis acciones de garantía para proteger los derechos personales amenazados: el hábeas corpus,¹⁹⁶ el mandato de seguridad (*segurança*) o de amparo,¹⁹⁷ el mandato de seguridad colectiva,¹⁹⁸ el mandato de interdicto (*injunção*)¹⁹⁹, el hábeas data²⁰⁰ y la acción popular.²⁰¹

Como otro antecedente, podemos citar el intento, en las postrimerías del gobierno de Figueiredo, de crear la Procuraduría General del Pueblo, “encargada de investigar las violaciones a la Ley y preservar los derechos fundamentales del ciudadano”.²⁰² Posteriormente, el senador Marciel presentó la propuesta de crear el cargo de Oidor General (*Ouvidor Geral*) para la protección de los ciudadanos contra las acciones y omisiones de la administración contrarias a sus intereses, pero desgraciadamente la idea no fue acogida y poco a poco fue perdiéndose. Sin embargo, se retomó en 1985, siendo Marciel ministro en el gobierno de Sarney, y se logró darle un impulso al crear, el 24 de julio de 1985 el Consejo Nacional de Defensa del Consumidor.

A pesar de que Brasil presenta diferentes “modalidades” de tipo administrativo, más bien incorporadas al Poder Ejecutivo²⁰³ en el proceso de transición democrática, éstas no dejan de ser afines a las del Ombudsman del resto de países de América Latina. “La Procuraduría de la República brasileña

196 <www.cidh.oas.org>: “El habeas corpus es el más antiguo de los instrumentos de protección. Este instrumento es una acción constitucional que se concede cuando alguien sufre o se encuentra amenazado de sufrir violencia o coacción a su derecho de libre circulación, por ilegalidad o abuso de poder”.

197 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 608. “El citado mandato procede especialmente contra los actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernados y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio, tampoco puede interponerse contra de las disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, ya que solamente pueden combatirse los actos o resoluciones que se apoyan en dichos ordenamientos”.

198 *Ibidem*, p. 608, artículo 5, fracción LXX: “se califica de colectivo, ya que puede ser interpuesto por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, o bien por organizaciones sindicales, entidades de clase, o asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año en la defensa de los intereses de sus miembros o asociados”.

199 *Ibidem*, p. 609: “El citado medio de impugnación procede cuando la ausencia de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas relacionadas con la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, lo que significa que se trata de un instrumento para superar la omisión en que incurre una autoridad que tiene la obligación de dictar disposiciones reglamentarias, por lo que se aproxima en cierto modo a la función del *mandamus* del mismo derecho anglosajón”.

200 *Ibidem*, p. 609: “Instrumento que procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificación de datos, cuando el afectado no prefiera hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo”.

201 <www.cidh.oas.org>: “La ‘acción popular’ permite que cualquier ciudadano sea parte legítima para interponer una acción popular que se proponga anular un acto [administrativo] lesivo del patrimonio público o el de una entidad en la que el Estado participe, la moralidad administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico-cultural. El autor, salvo que se compruebe su mala fe, queda exento del pago de costas judiciales. Esta medida es extremadamente importante, pues con la posibilidad de anulación de cualquier acto lesivo a la moralidad administrativa, se introduce el examen del mérito de los actos administrativos por parte del Poder Judicial”.

202 Celso Barroso Leite: Ponencia presentada ante el Primer Simposium Latinoamericano del Ombudsman, mimeo, Buenos Aires, 1985.

203 Camargo e Gomes: art. cit., p. 93.

(ley n° 75, de 20 de mayo de 1993) tiene atribución para el ejercicio de acciones de interés público que en algunos casos podría subsumir la actividad del ombudsman”.²⁰⁴ Como un mecanismo de participación ciudadana en el control de la gestión pública, en algunos estados como São Paulo, Paraná, Ceará, Espírito Santo y Mato Grosso do Sul; algunos municipios como Curitiba y Santos, empresas públicas, centros de enseñanza superior, sistemas penitenciarios y policía,²⁰⁵ se han creado las *Ouvidurias*, a las cuales les compete “—a juicio de uno de los *Ouvidores*— analizar las situaciones de riesgo de los derechos humanos, emitiendo recomendaciones al respecto y defendiendo a los grupos más vulnerables de la sociedad”.²⁰⁶

6.15. Perú

En el Perú,²⁰⁷ la institución del Defensor del Pueblo se configura a partir de la nueva Constitución ratificada mediante referéndum el 31 de octubre de 1993. En el régimen constitucional anterior, el artículo 250.4 encomendaba al Ministerio Público “actuar como defensor del pueblo ante la administración pública”, y la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, de marzo 16 de 1981, le atribuía la obligación de “velar por el respeto de los derechos fundamentales de la persona proclamados por el Título I, Capítulo I, de la Constitución, en el ámbito de la Administración Pública, incluyendo las Fuerzas Armadas y fuerzas políticas sin interferir en lo que es propio de estos mandos”. Además, el reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa de 1989, artículo 3 j, establecía los derechos de los usuarios de “ser amparados por el Defensor del Pueblo en los casos de abuso y de actos arbitrarios cometidos por servidores y funcionarios públicos y hacer uso de todos los recursos que les franquean las leyes”; es decir, que con esta referencia al Defensor le confiaba al Ministerio Público²⁰⁸ las funciones de defensa de los derechos que hoy tiene a cargo el Defensor del Pueblo.

Los artículos 161 y 162 de la nueva Constitución de la República del Perú configuran la institución del Defensor del Pueblo con todos los rasgos

204 Santistevan de Noriega: art. cit., p. 955.

205 <www.alfa-redi.org>: Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado de Derechos Humanos, *Foro Nacional de Ouvidores de Polícia*.

206 João Elias De Oliveira: “A ouvidoria do Estado de Paraná”, citado por Santistevan de Noriega: art. cit., p. 955.

207 Gil Robles y Gil Delgado: art. cit., p. 66. En su estudio, el autor opta por una clasificación con efectos meramente orientativos, “considerando diferentes grupos de países y en concreto por una parte aquellos que ya lo han constitucionalizado, los que simplemente los regulan por ley, los que están en pleno proceso de reforma constitucional y finalmente otros supuestos varios”. En este sentido estima que el Perú requiere de un tratamiento y consideración particulares, pese a entrar en el primer grupo de países que ya tienen en marcha la institución, con previsión constitucional, puesto que “alberga serias dudas sobre el contexto realmente democrático del actual régimen político peruano surgido de un golpe de estado”.

208 Raquel Álvarez Díaz, citada por Gil Robles y Gil Delgado: art. cit., p. 72. “En el mismo año el propio Fiscal de la Nación creó fiscalías especiales de defensorías del pueblo y derechos humanos en determinados distritos judiciales del Perú”.

esenciales de la institución clásica del Ombudsman. Es el Poder Legislativo el que lo elige y puede removerlo con el voto de dos tercios de su número legal, con carácter de autónomo; su mandato dura cinco años y no recibe mandato imperativo; además se le atribuye la obligación de defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como de supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Es una magistratura de persuasión que recibe directamente las quejas de los ciudadanos y que actúa a través de recomendaciones e informes. De conformidad a los artículos 161 y 162 de la Constitución Política del Perú, se aprobó la ley n° 26.520, de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que data de 1995; su artículo 9, inciso 7, confiere al Defensor la facultad de dictar los Reglamentos que requiera para el cumplimiento de sus funciones; con resolución defensorial n° 007-96/DP de 4 de septiembre de 1996 fue aprobado el actual Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo.

6.16. Bolivia

En Bolivia la figura del Defensor del Pueblo también se institucionaliza por primera vez en un Ombudsman municipal creado por el Concejo de Santa Cruz en marzo de 1992. Sin embargo, existen también varios antecedentes que denotan el interés por difundir el conocimiento de la institución a través de seminarios, publicaciones y simposios, como el Seminario Regional sobre “Ombudsman, democracia y derechos humanos” auspiciado por el Instituto Iberoamericano del Defensor del Pueblo, Capítulo Boliviano, en la Paz, en octubre de 1991. En 1992, el Consejo Nacional de Reforma y Modernización del Poder Judicial da a conocer el anteproyecto de Ley del Defensor del Pueblo, que contempla a un Defensor electo por el Legislativo con competencia para investigar la corrupción y la “facultad de intervenir cuando los actos administrativos de autoridades y/o servidores públicos de entidades estatales, civiles, militares, policiales, de servicio público o en las que tenga participación el Estado, vayan contra las leyes, disposiciones u obligaciones referentes al cargo, que afecten intereses o derechos de las personas o de la sociedad”, aunque excepciona a los miembros del Poder Judicial.

Finalmente, con la modificación constitucional de 1994 y de acuerdo con el artículo 128, el Congreso Nacional boliviano elige al Defensor del Pueblo conforme al texto original de 1967, con dos tercios de votos de los miembros presentes. Éste desempeña sus funciones por un período de cinco años y puede ser reelecto una sola vez; no podrá ser enjuiciado, perseguido ni detenido por causa del ejercicio de sus funciones, salvo la comisión de delitos. Para ejercer las funciones de Defensor del Pueblo se requiere tener como mínimo treinta y cinco años de

edad y las condiciones que establece el artículo 61 de la Constitución; el cargo es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada remunerada, a excepción de la docencia universitaria.

Dos son actualmente las tareas más significativas de la Defensoría en los procesos constitucionales de interés colectivo: conocer los conflictos derivados de la erradicación de cultivos ilegales de coca y la defensa de los emigrantes bolivianos en el exterior.²⁰⁹

6.17. Chile

Chile también ha recibido el apoyo y el asesoramiento de varias organizaciones internacionales con miras a crear la institución. Fue sobre todo en el gobierno del presidente Aylwin que se planteó la interrogante de hacia dónde debía apuntar la iniciativa democrática, si a atacar el problema de la discrecionalidad de la intervención del Estado o hacia la formulación de una problemática de orden político vinculada a los derechos humanos. En mayo de 1990 su gobierno creó una comisión de estudio, la Comisión de Verdad y Reconciliación, la cual, en su informe final, recomienda la creación del Defensor del Pueblo con el “fin de afianzar la seguridad del Estado, el respeto por los derechos humanos y la vigencia efectiva de un Estado de Derecho”. Aylwin presentó a la Cámara dos importantes proyectos de ley; uno de ellos (mensaje a la Cámara n° 286-632, del 26 de marzo de 1991), contiene un proyecto de reforma constitucional sobre el Poder Judicial, el Consejo Nacional de Justicia y el Defensor del Pueblo; el segundo, entregado en abril de 1991, es un proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo.

En julio de 1997, el jefe del Departamento de Modernización del Estado, el director suplente del Ministerio de Finanzas y el secretario de la Presidencia, auspiciados por el Consejo Británico, visitaron el Centro de Estudios para el Ombudsman²¹⁰ en Inglaterra con el fin de discutir el establecimiento de la institución en Chile.

Cabe destacar además la labor de difusión que lleva a cabo el capítulo local del Instituto Internacional del Ombudsman.²¹¹ Además, mediante decreto presidencial se creó la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de los derechos de las personas.²¹² Como un antecedente inmediato a la instauración de un Ombudsman en Chile, el Ejecutivo ha remitido un proyecto de reforma cons-

209 Defensor del Pueblo de la República de Bolivia: *Informe Anual del Defensor del Pueblo al Honorable Congreso Nacional, abril 1998 a marzo 1999*, Defensor del Pueblo de Bolivia, Cooperación alemana GTZ, La Paz, 1999.

210 Centre for Ombudsman Studies - University of Reading: *Report March 1998*, Reading, 1998, p. 9.

211 Comisión Andina de Juristas: *¿Qué es el defensor del ciudadano?*, Coordinación con el Capítulo Chileno del Instituto Interamericano del Ombudsman, Lima, 2001.

212 <www.ombudsman.cl>: República de Chile, Ministerio-Secretaría General de la Presidencia de la República, Decreto de Creación de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de los Derechos de las Personas.

titucional para la creación del Defensor del Ciudadano.²¹³ “La actividad enunciativa se efectúa en el marco del Contrato de Préstamo otorgado a la República de Chile por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para financiar parcialmente el desarrollo del Programa para Fortalecer Alianzas entre la Sociedad Civil y el Estado, en ejecución por el Ministerio Secretaría General de Gobierno a través de su División de Organizaciones Sociales (DOS). El citado Programa contempla, en el componente de Participación Ciudadana, un subcomponente denominado Defensoría del Ciudadano, mediante el cual se financiarán diversas actividades tendientes al desarrollo del marco jurídico y la promoción institucional de esta figura. Entre las actividades de promoción se encuentra la realización de once talleres de carácter regional (que garanticen cobertura nacional) y temático (que abarquen temas tales como la mujer, etnias, juventud, funcionarios que brindan atención directa al ciudadano, etc.) para promover la futura institucionalidad del Defensor del Ciudadano y recoger percepciones, expectativas y definiciones para el buen funcionamiento de la entidad”.²¹⁴

Con la modificación de la Ordenanza Municipal de Participación Ciudadana de la Municipalidad, que rige en todas las municipalidades del país desde 1999; la Defensoría Municipal De la de Lo Espejo, uno de los difíciles municipios del sur de la capital, ya es un hecho. Publicada en el *Diario Oficial* de fecha 22 de agosto de 2002, se establece la figura del Defensor Comunal,²¹⁵ iniciándose así en el ámbito local una interesante experiencia de defensoría de derechos y garantías ciudadanos. Indudablemente, la evolución de esta institución, a pesar de su alcance limitado, es de gran interés para el desarrollo del proyecto a nivel nacional del Defensor del Pueblo y ofrece interesantes perspectivas, tanto para su eventual expansión a otras municipalidades como para constituirse en la expresión en el ámbito local de la futura Defensoría del Pueblo.

213 <www.defensor.cl>: Entre las innovaciones de este proyecto cuentan: “[...] tal como lo concibe el proyecto enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional para la introducción de un nuevo capítulo en la Constitución destinado a instituir esta figura, de la voluntad concorde entre el Presidente de la República y la mayoría de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados. Éste es uno de los aspectos novedosos que contiene la última formulación del proyecto. Originalmente, en un primer borrador de este proyecto del Defensor del Ciudadano, que vino a sustituir al inicial del año 1997, que hablaba de ‘defensor del usuario’, se contemplaba que la aprobación de la propuesta presidencial para nombrar al defensor ciudadano con acuerdo de una de las cámaras fuera prestada por el Senado, porque, conforme lo señala el numeral quinto del artículo 49 constitucional, es esa cámara la llamada a prestar consentimiento a determinados actos del Poder Ejecutivo, según lo prevean la Constitución o determinadas normas legales. Sin embargo, algunos miembros del Capítulo Chileno del Ombudsman y otros exponentes del pensamiento político y jurídico nacional planteamos que lo conveniente era que se contemplara la aprobación presidencial por la Cámara de Diputados y no por el Senado. Ello, en atención a la naturaleza del control que está llamado a ejercer el Defensor del Pueblo. Como sabemos, es un control de índole moral, persuasiva, un control sustentado en consideraciones de mérito y diligencia en la supervisión de la actividad de la Administración. Por consiguiente, es un control muy cercano y complementario al control político que le corresponde ejercer a la Cámara de Diputados”. Francisco Fernández Fredes, Fiscal Nacional Económico.

214 <www.defensor.cl>.

215 “El Defensor Comunal tiene como objeto velar por el cumplimiento y la vigencia de los derechos y garantías de las personas y la adecuada prestación de los servicios públicos; y promover el acceso a la justicia, proteger, promocionar y divulgar los derechos humanos. Para este fin utilizará todos los medios a su alcance. = El Defensor jamás tendrá atribuciones jurisdiccionales o disciplinarias, sin perjuicio de la persuasión que sus opiniones ejerzan en las autoridades”. Artículo 40 de la Ordenanza Municipal.

6.18. Paraguay

Con el nuevo régimen democrático que se estableció en el Paraguay hubo necesidad de elaborar un nuevo texto constitucional. Acorde con este sistema y siguiendo el modelo de las modernas democracias, la Comisión de Asuntos Constitucionales presentó la moción según las características de la institución española. La nueva Constitución fue definitivamente aprobada el 20 de junio de 1992 e incorporó en sus artículos 276 al 280 al Defensor del Pueblo como un comisionado parlamentario, elegido por la mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado de la República, con total autonomía por un período de cinco años, inamovible y con posible reelección. Entre sus competencias están claramente definidas “la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios”, aunque “en ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva”, ello no excepciona su capacidad de investigar las quejas contra todas las administraciones o las autoridades policiales. El texto también prevé que en el futuro sea posible crear Defensores del Pueblo departamentales o municipales. Sin embargo, a mediados del 2001, luego de casi una década, recién se eligió al Defensor y su adjunto.

Previamente a esta autorización, la Junta Municipal de Asunción, a través de su ordenanza municipal n° 65, se adelantó a la aprobación de una Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Nacional y puede decirse que se cuenta ya, como un antecedente, con el establecimiento y la regulación del Defensor del Pueblo Vecinal, que asumió sus funciones el 29 de julio de 1992.

6.19. Uruguay

En el Uruguay también se han presentado diversos proyectos de ley con el propósito de adoptar la idea del Ombudsman que se acoja “sustancialmente al modelo vigente en España”, en palabras del constitucionalista Eduardo Esteva.²¹⁶ Sin embargo, la idea no logra materializarse, ni en el ámbito de la Municipalidad de Montevideo ni en el ámbito nacional, a pesar del informe positivo presentado por la Comisión Nacional de Desaparecidos.²¹⁷

6.20. Argentina

En Argentina han sido varios los intentos por incluir al Ombudsman o Defensor del Pueblo en su texto constitucional. Dignos de mencionar son los trabajos del profesor Miguel M. Padilla, promotor del proyecto legislativo que

216 Eduardo Esteva: “Compatibilidad del establecimiento del Ombudsman en el sistema constitucional uruguayo”, *Revista Uruguaya del Derecho Constitucional*, Montevideo, octubre-noviembre de 1985.

217 Santistevan de Noriega: art. cit., p. 957.

relató en su libro *La institución del Comisionado Parlamentario (el Ombudsman)*²¹⁸ y que inspiró a los legisladores que presentaron el proyecto para establecer la Oficina del Comisionado del Congreso a mediados de 1975. Esta iniciativa, que se truncó con el golpe militar de 1976, fue reelaborada en 1983 y presentada a la Cámara de Diputados con motivo del establecimiento del orden constitucional. Nuevamente reestructurada en 1985, esta vez por el diputado nacional Jorge Reinaldo Vanossi, se propuso la creación del Defensor del Pueblo.²¹⁹

En la época de Alfonsín, el Consejo para la Consolidación de la Democracia, entidad política disuelta, recomendó la creación del Ombudsman. Luego, en 1984, los senadores Libardo Sánchez y Eduardo Menem, del Partido Justicialista, propusieron un proyecto de ley, pero siempre recibieron el mismo argumento político en contra de su creación, así como la objeción del radicalista Eduardo de la Rúa respecto a la constitucionalidad de la iniciativa: que es una institución que corresponde a los sistemas parlamentarios y resulta totalmente incompatible con los regímenes presidenciales, donde las facultades fiscalizadoras las ejercen los Parlamentos.

Aparte de todos estos intentos parlamentarios y los importantes trabajos científicos que han aportado para que definitivamente se constituya la figura del Ombudsman en Argentina y han influido para que el mismo ejemplo se adopte en otros países de Latinoamérica, cabe mencionar de otra parte, también como antecedentes prácticos —y aunque parezca contradictorio con que no se haya adoptado la figura a nivel nacional—, que la institución a nivel provincial y municipal ya era conocida. Así, el Consejo Deliberante de la Ciudad de Salta, de la provincia del mismo nombre, de 23 de octubre de 1984, promulgado el 7 de noviembre, fue el pionero en la creación del cargo de Defensor del Pueblo; luego, el Consejo Deliberante de la Municipalidad de Buenos Aires, mediante la ordenanza n° 40.831 de octubre 17 de 1985, introdujo la Contraloría General Comunal. En el nivel provincial, el primer Defensor del Pueblo en San Juan data del 23 de abril de 1986 (artículo 150, inciso 21); lo siguieron Salta (15 de julio de 1986, artículo 124, fracción V), La Rioja (14 de agosto de 1986, artículo 144), Córdoba (26 de abril de 1987, artículo 124), San Luis (14 de marzo de 1987, artículo 235), Santa Fe (23 de noviembre de 1989). Formosa y otras provincias y ciudades argentinas cuentan con sus propios defensores.²²⁰

En 1993, la institución fue regulada en la esfera del Poder Ejecutivo por un decreto presidencial de 26 de agosto en el cual se preveía la próxima aproba-

218 Miguel M. Padilla: *La institución del Comisionado Parlamentario (el Ombudsman)*, Buenos Aires, 1972.

219 Cámara de Diputados, *Diario de Debates*, Buenos Aires, 1985, pp. 4291-4294.

220 Maiorano, 1987, pp. 431-437, y Gonzáini, 1989, pp. 197-250, citados por Fix-Zamudio: "Garantía de los derechos...", art. cit., p. 628.

ción de la ley, pero que jamás se llegó a concretar. Fue luego de un largo proceso de deliberaciones que, el 1 de diciembre del mismo año, mediante ley n° 24.284,²²¹ con carácter de nacional nació el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina en el ámbito del Poder Legislativo. Esta evolución culminó con la reforma constitucional de 22 de agosto de 1994. Elegido y removido por el Congreso de la Nación, por el voto de dos tercios de sus miembros, tiene un mandato de cinco años y puede ser reelecto una sola vez. Es independiente en sus funciones, ya que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Fundamentalmente su deber es el de proteger los intereses y los derechos de los ciudadanos y de la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, según reza el artículo 1° de la ley.

El Defensor tiene capacidad investigadora y puede emitir sugerencias y recomendaciones. Aunque sus competencias son amplias, también la ley prevé ciertas restricciones, como la del artículo 16, que determina que dentro del concepto de administración nacional “quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del estado; sociedades del estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios. Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de Buenos Aires, y los órganos de defensa y seguridad”. Carece además de capacidad legislativa; no puede emitir sus opiniones respecto a proyectos de ley ni tiene legitimación activa ante los tribunales de justicia, lo cual lo pone en desventaja frente a otros Ombudsman tradicionales.

Como un aporte importantísimo de la acogida favorable que ha tenido la institución del Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, podemos citar al VI Congreso Mundial del Ombudsman,²²² organizado por el Instituto del Ombudsman Internacional (IOI), llevado a cabo del 21 al 16 de octubre de 1996 en Buenos Aires. El Congreso estuvo representado por 86 países agrupados en seis regiones: África, Asia, Australasia y Pacífico, Europa, Latinoamérica y el Caribe, y América del Norte. En él se adoptaron importantísimas conclusiones y aportes para la región, reafirmando las características esenciales del Ombudsman como la independencia, la accesibilidad, la flexibilidad y sobre todo su credibilidad. En la declaración final se insistió en la nece-

221 <www.georgetown.edu>.

222 International Ombudsman Institute (IOI): *VI Congreso Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman*, 20-24 de octubre de 1996, mimeo, Buenos Aires-Argentina, 1996.

sidad de establecer y desarrollar instituciones nacionales eficaces del Ombudsman que investiguen las quejas sobre violaciones de derechos humanos, injusticias, mala administración, situación de las mujeres, apoyo a los pueblos indígenas y otros grupos poblacionales menos favorecidos. Con este propósito se formuló un pedido especial a los organismos internacionales, como las Naciones Unidas, y a los regionales, como los bancos de desarrollo, para que aumenten su apoyo a las acciones realizadas por el IOI y por su intermediación al apoyo que presta a los programas que llevan a cabo los Ombudsman para establecer, mantener y desarrollar sus instituciones aun en circunstancias adversas.

Como primer Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, Jaime Maiorano señalaba:

La incorporación del Ombudsman contribuiría a consolidar la democracia, entendida ésta con un profundo contenido ético y social, donde el individuo sea la razón fundamental de la organización social, es decir, el principio y fin de la comunidad organizada.²²³

223 Ibidem.

Capítulo III

Los Ombudsman especiales y/o sectoriales

Hasta aquí nos hemos referido a lo que conocemos como el Ombudsman clásico o típico; aquel que ha servido de fundamento para formular la teoría de base respecto a las características jurídicas y a las peculiaridades de esta figura. Para Rowalt, tres son en resumen los rasgos típicos que caracterizan a este funcionario:

- 1) El Ombudsman es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila la administración. 2) Se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y errores administrativos, y, 3) Tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas.¹

Para varios tratadistas de diversas latitudes, estas notas definitorias conforman el marco teórico que sirve para distinguir al Ombudsman clásico de otras figuras que en mayor o menor medida² se parecen a la original. Algunos de ellos opinan que las otras figuras, por muy similares que parezcan sus características o por muy nobles que puedan ser sus acometidos, son *seuodombudsman* o simplemente son Ombudsman sectoriales o especiales. Es decir que responden a intereses específicos, parciales, y que sobre todo ya no son nombrados por el Parlamento sino en algunos casos por el Ejecutivo.³ Algunos tienen la calidad de nacionales y otros son municipales, regionales, provinciales, cantonales de los *Länder* o como se los conozca de acuerdo con la organización política del país; otros son nombrados con fines específicos

-
- 1 Rowalt: *El Ombudsman...*, o. cit., pp. 38-39. Sobre esto el autor comenta: "ahora es probable que cualquier clase de funcionario que se encargue de quejas o apelaciones, en cualquier tipo de organización, sea erróneamente designado como ombudsman, para obtener el apoyo popular a sus actividades. Es muy fácil perder de vista los rasgos esenciales de los sistemas originales de ombudsman".
 - 2 No nos vamos a ceñir a la clasificación estricta que hace Rowalt con respecto a quien designa al Ombudsman. Sin dejar de reconocer las características fundamentales, dejaremos abierto un espectro más amplio para conocer las actividades de los Ombudsman sectoriales o especiales debido a la importancia que éstas pueden tener para los "Ombudsman clásicos" que abarcan diferentes áreas, sobre todo debido a la diversidad de campos que da lugar la cobertura de los diversos derechos civiles.
 - 3 Muchos de ellos discuten inclusive sobre todo acerca de las figuras del Comisionado de Inglaterra y del Mediador francés, cuyas peculiaridades, como hemos descrito, presentan variaciones que difieren del modelo original. Cf. Pellón Rivero: art. cit.; Patrice Verrier: "Le Médiateur", *Revue de Droit Publique et de la Science Publique*, VII-VIII, 1973; Faïren Guillén: o. cit.

para proteger ciertas áreas de servicio público, como por ejemplo, la prestación de salud, la policía o el servicio militar. Sin embargo, existen otros que nacen de la iniciativa privada y que “irónicamente” son nombrados por los mismos grupos interesados en que exista un control o un medio de canalizar las quejas de sus clientes, usuarios o consumidores; es el caso de los Ombudsmen de los bancos, de los servicios financieros, de los servicios legales, de los funerales, de los seguros, etc. Sin restarles la importancia que merecen —puesto que muchos de ellos tienen su punto de partida en los mismos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente—, en esta sección conoceremos algunas de sus clases, sus características, sus atribuciones, su jurisdicción y, lo más importante, procuraremos entender el porqué de su existencia, conociendo cuáles fueron las razones, motivos y necesidades que gestaron el nacimiento de estas nuevas figuras.

1. El Ombudsman para Asuntos Civiles en Alemania

El primer Ombudsman para Asuntos Civiles (*Bundesbeauftragter für den Zivildienst*) fue creado en Alemania en mayo de 1974 por iniciativa del premier Kohl, quien figuraba como un líder progresista de Renania, preocupado de proteger los derechos de los ciudadanos contra los abusos de poder de las instituciones públicas. Luego de un gran debate político sobre los cambios en las elecciones, el resultado final fue que el Ombudsman fue excluido de la Constitución del estado o *Land* y fue instituido como un comisionado permanente en el Comité de Peticiones Nacional (*Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz*). Cada una de las solicitudes que el Parlamento del estado federado de Renania o el Comité de Peticiones (*Petitionsausschuß*) reciben, debe ser comunicada al Ombudsman para Asuntos Civiles (*Bürgerbeauftragter*)⁴ como miembro del Comité de Peticiones.

Como un comisionado permanente, el Ombudsman para Asuntos Civiles tiene el deber, en el marco de la ley del control parlamentario de los estados federados, de tomar el lugar de los ciudadanos para fortalecer su relación con la autoridad administrativa. También es su misión actuar, sea por solicitud del estado federado, de la Comisión de Peticiones o por cuenta propia, y ocuparse de solucionar los inconvenientes o los asuntos ilegales de los

4 Rechtsnormen betreffend den Bürgerbeauftragten, II. Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz, vom 3. Mai 1974, i. d. F. vom 5. November 1974: (Ombudsman para Asuntos Civiles, capítulo II, artículo 1, “De las funciones”, incisos 1, 2 y 3): “A.: Aufgaben: (1) Der Bürgerbeauftragte hat die Aufgabe, im Rahmen des parlamentarischen Kontrollrechts des Landtags die Stellung des Bürgers im Verkehr mit den Behörden zu stärken. (2) Der Bürgerbeauftragte wird seinem Auftrag gemäß tätig, wenn er durch Eingaben an den Landtag oder an den Petitionsausschuß oder in sonstiger Weise hinreichende Anhaltspunkte dafür erhält, daß Stellen, die der parlamentarischen Kontrolle des Landtags unterliegen, Angelegenheiten von Bürgern rechtswidrig oder unzumutbar erledigen oder erledigt haben. (3) Eingaben an den Landtag oder an den Petitionsausschuß sind dem Bürgerbeauftragten zuzuleiten”.

ciudadanos. Toda persona tiene el derecho de dirigir sus peticiones, sea por escrito u orales, al Ombudsman de Asuntos Civiles, quien además está en la obligación de ayudar a los que se sienten afectados a aclarar sus demandas y a determinar si ellas están dentro de su jurisdicción, la cual excluye a las autoridades de gobierno locales. Sin embargo, de todo el resultado de su labor el Ombudsman tiene la obligación de comunicar por escrito al solicitante. Todos los asuntos que sean de competencia del estado federado o que le corresponda solucionar a la Comisión de Peticiones deben ser tramitados por el Ombudsman para Asuntos Civiles.

Entre las atribuciones que tiene está la de dirigirse a todas las autoridades administrativas del estado federado, así como a las corporaciones, a los institutos y las fundaciones de derecho público que estén bajo la vigilancia del estado federado para solicitar información, ya sea oral o por escrito, con capacidad para examinar los archivos y documentos y acceso a los organismos administrativos de su jurisdicción. Las mismas atribuciones tiene para con las personas jurídicas de derecho privado, los organismos sin capacidad jurídica y las personas naturales. Esta capacidad para investigar y tomar acciones cuando recibe suficiente información de que alguna institución sujeta al control parlamentario ha actuado ilegalmente lo convierte en una de las pocas autoridades alemanas que puede investigar por iniciativa propia, al igual que el Ombudsman sueco o el escandinavo.

Sin embargo, su capacidad para solicitar una revisión o comprobación está limitada en ciertos casos cuando la competencia o la posibilidad de acción jurídica de una autoridad nacional no lo autoriza, cuando se trata de un proceso judicial que ha sido legalmente concluido; cuando se trata de un sumario administrativo su opinión imparcial es admisible siempre que se refiera a un retardo o demora en el procedimiento; cuando se le requiere para intervenir en un procedimiento judicial en trámite o cuando se trata de verificar una decisión judicial su comportamiento es actuar como parte interesada o aportando con una conclusión válida en el proceso judicial. El Ombudsman para Asuntos Civiles puede prescindir de opinar cuando el solicitante no le ha proporcionado su nombre o su datos completos, cuando su petición no es concreta y cuando se trata de la forma o el contenido de un hecho punible.

Su condición de objetividad y los conocimientos fundamentados en su función le dan la oportunidad de opinar sobre la reglamentación y el procedimiento, asuntos de los que participa al Comité de Peticiones; debe informar dentro del plazo adecuado o por solicitud sobre el motivo de la medida adoptada, el avance o el resultado del asunto. Cuando no está conforme con una regulación puede dar su interpretación y presentar su propuesta al Comité de Peticiones, el cual puede encargarle que complete la investigación.

Toda la administración y oficinas de gobierno del estado federado, así como las corporaciones, instituciones y fundaciones de derecho público que estén bajo su control, tienen la obligación de asistirlo en su labor.

El Comité de Peticiones y el Parlamento del estado federado pueden en cualquier momento requerir de los informes o la presencia del Ombudsman, quien puede siempre asistir e intervenir en las reuniones del Comité de Peticiones. Cada año, hasta el 31 de marzo, debe presentar un informe escrito de actividades y discutirlo frente al Parlamento y con la presencia de las comisiones que pueden solicitarle que se pronuncie sobre un determinado tema; el Comité de Peticiones, una fracción o una quinta parte de los miembros, pueden solicitarle en cualquier momento un informe sobre algún caso en particular.

El Ombudsman para Asuntos Civiles tiene la obligación, aun luego de haber cesado en sus funciones, de guardar en completa reserva todos los asuntos de que haya llegado a conocer en su cargo oficial. Esta disposición de mantener en secreto la información también se aplica a todos quienes hayan tenido conocimiento de oficio o de hecho notorio o a todos aquellos de quienes se haya requerido su opinión. Tampoco debe dar explicaciones de los asuntos que están bajo la obligación de ser guardados en estricta reserva, ni con autorización judicial ni sin ella; la autorización le corresponde al presidente del Parlamento únicamente luego de escuchar a los respectivos ciudadanos y a los respectivos miembros del Parlamento. Esta disposición legal obligatoria permanece inalterable para no romper con la disposición democrática de la Constitución que pone en peligro el derecho a la libertad.

2. El Ombudsman para los Intereses de los Extranjeros en Alemania

Hace más de cuarenta años, la entonces joven República Democrática Alemana abrió las puertas a los extranjeros. Con el primer contrato de trabajadores por enganche italianos se inicia la historia de un país de inmigrantes que no ha cesado hasta hoy día. A fines de 1994, según las estadísticas oficiales, alrededor de siete millones de extranjeros vivían en Alemania; la mitad de ellos había permanecido ya por más de diez años en el país y muchos con dos o tres generaciones consideraban a Alemania como su segunda patria. En este sentido el término *extranjero* es un concepto que día a día se modifica; sin embargo, para los fines legales este concepto no tiene que ver con la voluntad de estos inmigrantes de permanecer o no en el país, sino con la necesidad apremiante del gobierno de formalizar su calidad legal y de hacer llevadera la convivencia social de estos grupos.

Varios intentos por tratar de modificar las leyes con respecto a los extranjeros, debates y posiciones políticas sobre la conveniencia de aplicar los principios del *ius sanguinis* o del *ius soli*, así como el facilitar los procesos de naturalización, no han tenido la acogida mayoritaria en el Parlamento. Mientras tanto, conflictos políticos y étnicos como los de Turquía, Argelia, las antiguas Yugoslavia y Unión Soviética, Polonia y otros, siguen incrementando el grupo de inmigrantes; a ello se suma la situación de los trabajadores por contrato extranjeros que residían en los nuevos estados federados de la antigua Alemania Oriental. Ya el término *extranjero* no resulta suficiente para definir a toda la variedad de inmigrantes, refugiados, asilados, jóvenes y niños extranjeros (*ausländisch*) y, por añadidura, con pasaporte extranjero; pero lo más grave se produce cuando en la descripción entran en juego otros temas más importantes para la existencia diaria, como son los de los niños, jóvenes, mujeres, desocupados, educación, cultura, medios, religión, delitos, salud y otros. Entonces la única solución posible es hablar de *integración*, de incorporar a las políticas para los extranjeros las posibilidades y condiciones que les permitan llegar a la integración del país y, luego, de los ciudadanos de la Comunidad Europea. Este doble proceso no puede ser logrado sino con una política planificada que parta de un conocimiento concreto de la realidad, y quien mejor la conoce es el Ombudsman de los Extranjeros.

En 1978 el Gobierno de la República Federal Alemana concretó finalmente la idea de la creación del Comisionado para la Integración de los Trabajadores Extranjeros y los Miembros de sus Familias (*Beauftragter für die Integration der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen*).⁵ La idea central de su creación fue la de evitar que el empleado extranjero regresara a su país de origen, y procurar que preferentemente permaneciera en Alemania. A partir de 1991, el nombre de dicha dependencia fue cambiado por el de Comisionado del Gobierno Federal para los Intereses de los Extranjeros (*Beauftragte der Bundesregierung für die Belange der Ausländer*). Con este cambio de nombre se pretendió modificar la condición de aislamiento de los trabajadores extranjeros en Alemania, propendiendo a que sus intereses sean tomados en cuenta como aspectos de integración definitiva al país.

En virtud del acuerdo ministerial del 14 de noviembre de 1991 se instituyeron las obligaciones del Comisionado, cuyo campo de actividades depende institucional y logísticamente del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social y del grupo de trabajo interministerial que mantiene el ministro de esa cartera, por lo cual todos los departamentos de gobierno están llamados a proteger y asistir al Comisionado para los Intereses de los Extranjeros en el

5 Beauftragter der Bundesregierung für die Belange der Ausländer: *Bericht des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Ausländer* (Informe del Comisionado del Gobierno Federal para los Intereses de los Extranjeros), Bonn, 1995.

cumplimiento de sus obligaciones. El equipo de trabajo con el que cuenta está integrado por funcionarios que dependen del Ministerio; el departamento lo conforman en total dieciséis personas repartidas entre la administración con sede en Bonn y dos representantes en Berlín.⁶

Este funcionario es responsable de los empleados extranjeros y de todo extranjero que tenga permiso de estadía en el país, ya sea por un convenio bilateral entre Estados, el convenio de la Unión Europea o por un contrato de servicios, así como de los miembros de sus familias, con la excepción de los asilados que enfrenten un proceso judicial. Está llamado a proteger y asesorar acerca de las gestiones y política sobre asuntos exteriores del gobierno, por lo cual también está encargado de hacer sugerencias sobre el desarrollo de las políticas integracionistas en el ámbito de la integración europea, y a tomar parte en las iniciativas de integración que lleven a cabo los gobiernos federales o municipales o los grupos particulares que tengan como fin promover las buenas relaciones entre nacionales y extranjeros y la protección de éstos. Debe mantener el contacto permanente con los centros de asistencia social, los representantes de los empleadores, los sindicatos y un sinnúmero de asociaciones, comités y locales que promueven esta iniciativa.

En los casos de conflictos entre ciudadanos alemanes y extranjeros, el Comisionado debe actuar como un intermediario para reivindicar la convivencia pacífica. Para la prevención de estos problemas tiene tareas específicas que realizar, como instruir sobre los derechos y las obligaciones de cada persona a través de seminarios o charlas abiertas para diversos grupos sociales. En el marco de esta tarea de difusión pública, el Comisionado mantiene también informada a la prensa sobre sus funciones y las condiciones políticas de los extranjeros, así como también sobre otros asuntos de difusión cultural.

El Comisionado está llamado a tomar parte en la preparación y discusión de proyectos de ley y todo lo relacionado con los asuntos que disponga la resolución ministerial, para lo cual debe mantenerse en contacto e intercambiar opiniones sobre el tema tanto con los miembros del Parlamento como con los de los gobiernos federales y sectoriales; el contacto con los representantes del gobierno y sobre todo con los representantes de los antiguos países de los cuales se reclutaron trabajadores es también esencial.

6 De acuerdo con la división política de la República Federal Alemana, los estados federados pueden tener también un Comisionado para los Extranjeros (*Ausländerbeauftragter*) o un funcionario de alguno de los ministerios de los estados federados que atienda lo relacionado con el tema, al igual que existe una contraparte en varias ciudades y distritos. En la actualidad están registrados trece comisionados de los estados federados y ochenta y siete de varias ciudades y distritos; además existen invitados permanentes de varias organizaciones de países amigos.

3. El Ombudsman Militar en Alemania

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la República Federal Alemana tuvo que restablecer sus Fuerzas Armadas. Bajo los parámetros de la democracia, el argumento para la reforma a la Constitución fue la necesidad de crear un órgano que reforzara la supervisión y control del Parlamento para vigilar y equiparar en cierta forma el poder del Ejecutivo sobre las Fuerzas Armadas. Por consenso se aprobaron las reformas que crearon el Comité de Defensa del Parlamento, órgano con derechos y obligaciones especiales y un Comisionado de Defensa del Parlamento,⁷ funcionario que debe asegurar el cumplimiento de los derechos básicos y ayudar al Parlamento Federal (*Bundestag*) a ejercer el control parlamentario. La ley del Comisionado de Defensa⁸ define los términos de su actuación, que son los siguientes:

- 1) Bajo la dirección del Parlamento o el Comité de Defensa debe investigar ciertos asuntos especiales.
- 2) Debe hacerlo como un deber bajo su propia discreción si en el ejercicio de su derecho a visitar las tropas, a través de la comunicación de los representantes al Parlamento, recibe quejas de los soldados o, de cualquier otra forma, llega a saber de circunstancias que sugieran que los derechos básicos de los soldados o los principios básicos de la conducción interna (*Innere Führung*) han sido violados.

El argumento para su creación resalta el espíritu de las nuevas Fuerzas Armadas dentro de un Estado liberal donde las libertades individuales de las personas sean igualmente compartidas por los oficiales de las Fuerzas Armadas y sus derechos también estén bajo la soberanía de la ley, y no del abuso del poder que caracterizó al régimen nazi. Además, se pretendía que a través de un procedimiento legal fueran protegidos por un control parlamentario que asegurara el principio interno del liderazgo militar (*Grundsätze der Inneren Führung*) y el desarrollo de su estructura interna. Este liderazgo interno comprendía asimismo normas de comportamiento moral para el ejercicio del mando que no podían ser descritas en reglamentos internos. El objetivo final era integrar a los soldados de la República como ciudadanos uniformados y a las Fuerzas Armadas como parte de la sociedad y del Estado, vínculo fundamental entre la misión del ejército y el orden constitucional. La jurisdicción del Comisionado de Defensa es aplicable

7 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland GG (Constitución de la República Federal Alemana): artículo 45 b (El Comisionado de Defensa del Parlamento): “Zum Schutz der Grundrechte und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle wird ein Wehrbeauftragter des Bundestages berufen. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz”.

8 Wehrbeauftragter des Bundestages: Ley del Comisionado de Defensa del Parlamento de junio 16 de 1982, última reforma de marzo 30 de 1990 y el Reglamento del Parlamento Federal del 2 de julio de 1980.

únicamente a las personas dentro del servicio activo militar y no a los empleados civiles de las Fuerzas Armadas Federales.

Fuera de esta actividad de control interno y resguardo de los derechos fundamentales, el Comisionado no está autorizado a ejercer ninguna función para asistir al Parlamento en el campo de la defensa. Si el Parlamento Federal o el Comité de Defensa le asignan alguna tarea de investigación específica, será dentro del amplio espectro de la defensa de los derechos constitucionales, pero de ninguna medida preventiva en los aspectos de la defensa nacional.

Cuando el Comisionado de Defensa requiere de información específica, puede dirigirse oficialmente y solicitarla al Ministro de Defensa y todas las agencias y personas bajo su mando. Puede pedir la información, el acceso a los archivos o los informes generales de disciplina de las autoridades de las Fuerzas Armadas. Puede también visitar los cuarteles, regimientos militares, oficinas administrativas y otros establecimientos de las Fuerzas Armadas Federales en cualquier momento y sin previo aviso. Además tiene la libertad de estar presente en la cortes para escuchar en las audiencias las acciones disciplinarias y penales concernientes a su campo de acción y a la responsabilidad encomendada; consecuentemente también tiene acceso a los registros y los archivos del fiscal. Sin embargo, la autoridad del Comisionado no incluye dar instrucciones ni sugerir directrices al Ministro de Defensa ni a ninguna otra autoridad que esté bajo su control, puesto que su poder es el de un órgano auxiliar que no puede extralimitarse de la misma capacidad que tiene el Parlamento.

Las sugerencias del Comisionado de Defensa no dan lugar a iniciar ningún proceso; se limitan por regla general a ser tomadas en cuenta por las autoridades competentes; a menos que ellas piensen lo contrario, deben justificar que dicha información lo amerita. De esta forma el Comisionado, haciendo uso de su poder, actúa para llamar la atención de una autoridad superior o del Ministro de Defensa.

La Ley del Comisionado de Defensa otorga a cada soldado el derecho a dirigir reclamos directamente, sin intermediarios, al Comisionado; éste actúa como una institución legal especial a la que pueden apelar en cualquier momento y sin temor a sufrir castigos disciplinarios por ello. El Comisionado examina si dichos reclamos tienen sustento en los derechos y principios que él ampara; de ser así, el procedimiento por regla general es llamar la atención a la autoridad respectiva y requerir que el asunto sea estudiado y comentado. Una vez que la autoridad recibe dicha petición, debe emitir un informe aclarando el malentendido y corregir cualquier deficiencia que haya llevado al reclamo. Este procedimiento tiene también un efecto suspensivo cuando el asunto del cual trata el reclamo también está siendo investigado como una acción disciplinaria, criminal o administrativa por otro Comisionado de Defensa; entonces la política es de no interferir con el trabajo personal de ningun-

no de ellos y suspender cualquier otra investigación hasta que se tome una decisión final.

El Parlamento controla las actividades del Comisionado a través de informes individuales sobre cada asunto y también a través de un informe anual que éste tiene la obligación de elaborar y de justificar si así lo requiere el Parlamento durante el debate en las sesiones del plenario. Aparte de esta deliberación, el Comisionado tiene que estar en contacto permanente con el Parlamento y en especial con el Comité de Defensa, con el cual tiene la oportunidad de dialogar constantemente sobre los asuntos de su competencia.

La elección del Comisionado de Defensa se hace mediante el voto secreto de la mayoría de miembros del Parlamento, sin previo debate, y es designado por el Presidente del Parlamento. Entre otros, quienes pueden postular un candidato son el Comité de Defensa y las fracciones parlamentarias. Puede ser Comisionado de Defensa, según la ley establece, cualquier alemán mayor de treinta y cinco años de edad que haya hecho por lo menos un año de servicio militar obligatorio y que cumpla con los demás requisitos establecidos para ser miembro del Parlamento.

El período de sus funciones es de cinco años, luego de los cuales puede ser reelecto. No puede ejercer ninguna otra actividad, práctica o profesional, ser miembro de una mesa directiva, una dirección administrativa o cualquier empresa que tenga fines de lucro; tampoco pertenecer a ningún cuerpo legislativo a nivel federal o local. Como autoridad pública, tiene el mismo trato que le corresponde a un ministro federal. Sus funciones pueden cesar por su propia dimisión, por separación del cargo a requerimiento del presidente del Parlamento o por la muerte del funcionario.

El Comisionado de Defensa tiene un equipo de trabajo dividido en varias secciones; el personal de cada una se adecua al número de reclamos que se reciben. El Comisionado puede ser representado por su secretario ejecutivo.

4. El Ombudsman para la Protección de Datos en Alemania

El interés por proteger los datos y la iniciativa de legislar al respecto empieza alrededor de los años setenta en Francia y Canadá; sin embargo, ya desde 1968 en los Estados Unidos las agencias privadas de información contaban en sus estatutos con regulaciones especiales sobre ello. En Alemania la iniciativa fue tomada por el Parlamento del estado de Hesse en 1969, el que por ley estableció una Oficina Central de Procesamiento de Datos (HZD) y otros centros de cómputo de la administración pública para el extenso trabajo automatizado administrativo de rutina —pago de impuestos, estadísticas, salarios, etc.—, todo ello con el afán de planificar el desarrollo del estado de

Hesse. Al año siguiente, 1970, el Gobierno demandó la necesidad de la creación de una ley para la protección de datos para el sector administrativo.⁹

Desde los primeros informes de labores del Comisionado de Hesse, se cuestionó cuál es el contenido y la extensión de los derechos personales; su respuesta fue que la esfera de la privacidad no se puede definir tan fácilmente y propuso el total anonimato para los datos personales. Esta propuesta, sin embargo, complica los casos en los cuales esta información debería permanecer solo para uso interno; siendo así, la disposición legal de permitir el acceso a otras personas autorizadas no se puede cumplir. Por otra parte, la confidencialidad de esos datos tampoco puede ser total, como en el ejemplo de las epidemias. En general la necesidad de conocer dichos datos debe ser examinada por cada área por separado y sin perder de vista un interés equitativo entre la necesidad de protección y la necesidad de información pública. De allí que existen varias regulaciones específicas que deben ser contempladas, como en el caso de la salud pública.

Otro problema que describe en su informe es el relacionado con los datos que se han librado para una autoridad específica de la unidad de la administración bajo la obligatoriedad de ser tratados confidencialmente y que pueden ser comunicados a un tercero bajo una regulación legal específica o con el consentimiento del sujeto de la información.¹⁰ Todos estos problemas, que no se referían únicamente a la protección de datos personales de las instancias administrativas sino también al uso que podían hacer de ellos los particulares, fueron tema de largas discusiones parlamentarias que duraron más de seis años, hasta que el Bundestag aprobó en 1977 la Ley Federal de Protección de Datos (Bundesdatenschutzgesetz o BDSG).¹¹

El Comisionado Federal para la Protección de Datos (*Bundesbeauftragter für den Datenschutz* o BfD) inició sus actividades a principios de 1979. Su creación dio lugar a una gran discusión sobre los sistemas de control. Podía encomendarse al propio organismo procesador de información el ejercer y asegurar un sistema de control propio de acuerdo con la disposición legal, o bien era necesario buscar otra autoridad competente pero independiente (*Fremdkontrolle*). Unos argumentaban que el sistema de seguridad legal existente era suficiente, mientras que otros opinaban que la seguridad pública no cumple los requerimientos legales. Finalmente se decidió que era necesaria

9 Herman Horstkotte: *Data Protection in Germany*, In Press, Bonn, 1992, p. 4. *Dokumentation einer Anhörung zum Referentenentwurf eines BDGS* (Documentación de una ponencia para la creación de la Ley Federal de Protección de Datos). El autor cita textualmente las palabras del primer ministro en su exposición al congreso: "In the computer age, the Data Protection Act is necessary to preserve the trust of the citizens in the state and to counter all fears that automation will reduce the area of democratic participation at state and local level".

10 *Ibidem*, p. 8: *Tätigkeitsberichte d. Hess. Datenschutzbeauftragten u. d. Stellungnahmen der Hess. Landesregierung 1972-1977* (Informe del Comisionado para la protección de datos de Hessen y Comentarios del Gobierno Federal de Hessen de 1972-1977).

11 Bundesdatenschutzgesetz O BDSG (Ley Federal de Protección de Datos) reformada el 20 de diciembre de 1990.

una autoridad de supervisión externa independiente a nivel estatal. Para los estados federados (*Länder*) y para los municipios (*Gemeinden*) se requerían Comisionados de la autoridad superior estatal. Al menos dos claros propósitos iniciales se concretaron: prevenir que la nueva tecnología de la informática viole la esfera privada de los individuos y mantener la separación y autonomía de los poderes del Estado sin que la tecnología de la informática sea una ventaja del Ejecutivo sobre el Legislativo.

El fundamento jurídico de esta Ley de Protección de Datos parte de los artículos 1 y 2 de la Constitución¹² y su objetivo general, que recogen los varios reglamentos de protección de datos, está descrito en el artículo 1 (“Del objetivo y del campo de aplicación de la ley”), que se refiere a la finalidad de proteger la armonía de su dignidad y su derecho a la privacidad que pueda verse afectada por el manejo de los datos personales librados.

Luego del censo de opinión pública del 15 de diciembre de 1983, se añadió a la Constitución el derecho de autodeterminación, que concede a cada persona la libertad de decidir sobre el empleo y uso de sus datos personales. La ley da la posibilidad al ciudadano de mantener la esfera de la privacidad cuando sabe con suficiente seguridad quién, qué, cuándo y en qué medida se conoce sobre su persona, para de esta forma evitar la total dependencia que puede acarrear el conocimiento de la información que el Estado guarda sobre sí.

En la actualidad, la modernización del Estado y la eficacia de la administración pública exigen el manejo de una voluminosa cantidad de datos personales de los ciudadanos. Sin la libre cooperación en la entrega de estos datos ningún organismo de servicio público podría efectuar su trabajo correctamente. Es en esta medida que el derecho a la autodeterminación debe ser resguardado por una ley mediante la cual se proteja al ciudadano, pero que no limite la tarea del Estado, que resguarde los intereses de ambas partes y que sea equitativamente proporcional. Una ley que determine y exija el mínimo de datos requeridos con un propósito definido y con un procedimiento que asegure el trato de los datos y el respeto a este derecho.

El campo de aplicación de la Ley Federal de Protección de Datos procede sin restricción para todos los servicios públicos federales y para los privados; está únicamente limitada para ciertos servicios públicos de los estados federados. Son servicios públicos nacionales las oficinas de la administración pública, los órganos de administración de justicia, los organismos, institucio-

12 Constitución de la República Federal Alemana. Artículo 1, “*Menschenwürde und Menschenrechte*” (la dignidad y el derecho de los hombres): “1) La dignidad de los hombres es inviolable. Es deber de todo gobierno electo el velar por ella y protegerla”. Artículo 2, “*Persönlichkeitsrechte*” (el derecho a la personalidad): “1) Cada persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, en cuanto no lesione los derechos de los demás ni contravenga las disposiciones del orden establecido”.

nes, corporaciones y fundaciones de derecho público que estén bajo la supervisión del Estado y ciertas asociaciones públicas, empresas de este orden, sociedades o instituciones también de derecho privado. Los servicios públicos de los estados federados son la administración pública, la administración de justicia (excepto los que se ocupan de los asuntos administrativos), otros organismos organizados bajo la competencia del estado federado o de la municipalidad y ciertas instituciones de derecho público y también de derecho privado para los cuales la Ley Federal de Protección de Datos es válida únicamente en cuanto no exista una ley similar del estado federado.¹³

Los servicios privados que no están bajo el control de esta ley son las personas naturales, las personas jurídicas y las sociedades de personas de derecho privado, siempre que no sean empresas prestadoras de servicios que tengan que observar las mismas leyes que la administración pública. Estos servicios privados caen bajo el régimen de la ley federal solamente cuando se utilizan los datos con fines profesionales, industriales o cuando son datos personales que han sido librados a través del procesamiento de datos, para lo cual también existen excepciones. Cuando se habla de datos se incluyen actas, libros, fotografías, filmes, videos, listas y grabaciones que han sido evidentemente elaborados con los datos librados, o cuando la información de los afectados no proviene de los archivos, o son datos transmitidos por otros servicios, como los que proporcionan información para brindar crédito. La legislación es aplicable para todos los bancos y registros de información, ya sea que procesen la información automáticamente o de forma manual. El procesamiento de información a cargo de instituciones privadas no es supervisado por estos organismos, sino por otras autoridades estatales.

A pesar de que esta ley cubre una amplia gama de actividades alrededor del procesamiento de datos, no es sino la base sobre la que se originan otras leyes que tienen también que ver con la protección de datos y que se relacionan con otros derechos básicos, como son la salud, la protección policial, la seguridad social, el registro civil, etc.; para cada uno de ellos existen disposiciones especiales sobre la protección de datos en otras leyes específicas, como la Ley del Registro Civil Federal, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley del Registro Central de Extranjeros, La Ley de Tránsito, que fortalecen y limitan el uso de la información. Son también de uso muy común la información que se recoge en las asociaciones de profesionales, así como en los consultorios particulares, para lo cual también existen regulaciones contenidas en sus propios reglamentos, como el del Secreto Profesional de los Médicos, la In-

13 Al respecto la competencia está claramente establecida en lo que dispone la Constitución con relación con la organización política de la República Federal Democrática y de los estados federados o *Länder* (capítulo II: "*Der Bund und die Länder*", artículo 20-37), puesto que cada estado federado tiene su propio Ombudsman o Comisionado para la Protección de Datos.

formación Confidencial del Correo y las Telecomunicaciones, el Sigilo de la Declaración de Impuestos, la Privacidad sobre la Adopción, entre otros.

Este Comisionado u Ombudsman para la Protección de los Datos es electo por acuerdo de más del cincuenta por ciento de los miembros del Parlamento de una lista de candidatos que envía el Gobierno y es nombrado por el Presidente. El Comisionado Federal tiene que tener treinta y cinco años como mínimo para ser electo por un período de cinco años y puede ser reelecto sólo una vez. Está encargado de supervisar el cumplimiento y la protección de la información y de aconsejar al Gobierno cómo mejorar el sistema de protección de la información de las personas en lo relacionado con la privacidad a la cual ellas tienen derecho. Es independiente en el ejercicio de sus funciones en cuanto a lo que la Ley dispone, pero está bajo la subordinación del Gobierno y depende del Ministerio del Interior; es justamente el Ministro de esta cartera quien le toma el juramento en la posesión del cargo. El equipo de trabajo del que dispone está a su mando, pero la elección de este personal la hace entre el personal del Ministerio y de acuerdo con el Ministro, quien también puede encargar a un representante observar al Comisionado cuando éste en el ejercicio de sus funciones no haya cumplido con su tarea.

La labor que realiza el Ombudsman es la de investigar las quejas y reclamos que hacen los ciudadanos cuando creen que su privacidad ha sido afectada porque sus datos personales han sido revelados por las agencias estatales. En el proceso de investigación que realiza el Comisionado, estas agencias están en la obligación de brindar toda la información pertinente, salvo ciertas excepciones que se contemplan en la ley —la policía, el servicio secreto, las autoridades de seguridad nacional, el procurador general y algunos fiscales— en las cuales la información solamente puede ser revelada personalmente al Comisionado o al personal autorizado por él por escrito. Cuando la seguridad pública está en peligro, la información le puede ser negada en casos excepcionales; de lo contrario, el Comisionado puede remitir una queja formal a la institución pública pertinente y, si no recibe contestación satisfactoria, puede recurrir al Parlamento.

En la actualidad esta oficina está compuesta de más de treinta personas, la mayoría de las cuales son abogados; también hay matemáticos, ingenieros electrónicos y expertos en procesamiento de datos. El Comisionado trabaja directamente con la ayuda de un funcionario, jefe de Oficina, que está encargado de supervisar los siete departamentos de los que se compone la Oficina de Protección de Datos: asuntos de máxima importancia e internacionales; asuntos legales, financieros y de defensa; temas sociales y de personal; temas de medio ambiente, correos, salud, investigación, estadísticas, archivo, transporte y economía; policía, servicio de noticias y comprobación de seguridad; técnicas de información y telecomunicaciones; y varios, que comprenden apoyo interno en general, administración y derecho penal; cada uno

tiene su jefe de Departamento.¹⁴ Tanto el Comisionado como su grupo de trabajo están siempre involucrados en discusiones públicas sobre procesamiento de datos, protección de éstos en la administración pública y en la elaboración de nuevas leyes para regular el tráfico de información en la seguridad social, los censos y estadísticas y las oficinas de registro. También cumplen con la labor de inspección de las agencias públicas para asegurar el cumplimiento de la ley e investigar los abusos e infracciones que se denuncian. Además, se ocupan de su tarea de relaciones públicas educando a la comunidad, comentando la legislación y difundiéndola mediante la distribución de material informativo sobre estos derechos.

Los reclamos que el Comisionado receipta son de variada índole: personas que reclaman por información obsoleta sobre su estado de salud corporal o mental que se mantiene en los registros, o por información falsa, o porque permanecen en el registro como desempleados; ex convictos que permanecen en el registro central como tales cuando ya han cumplido su pena e inclusive no constan así en los archivos policiales; personas que se sienten acosadas porque su privacidad ha sido violada; reclamos porque el servicio de inteligencia ha revelado información que no debía; información confidencial que puede ser usada por grupos subversivos o terroristas, etc. Todos estos ejemplos muestran la gran variedad de personas, grupos sociales, edades, profesiones, intereses, etc. de los cuales provienen los reclamos. Muchos procedimientos han sido modificados de acuerdo con las recomendaciones hechas por el Comisionado como resultado de todas estas demandas; sin embargo, la velocidad con que avanza la tecnología de la informática obliga a una constante labor preventiva.

Actualmente, existe la convicción de que la protección del procesamiento de datos es un componente de la correcta administración y, por otro lado, también de la obligación que tiene el Estado para asegurar que el procesamiento automático de la información sea resguardado de posibles abusos o mala utilización que terminen por perturbar los derechos y los intereses individuales de los ciudadanos; así lo demuestran los datos estadísticos que señalan que la Oficina de Protección de Datos recibe en promedio más de tres mil solicitudes por año.

La automatización de los datos y de las telecomunicaciones, así como la búsqueda de una unificación y globalización de la información, no solo a escala regional sino mundial, se puede comparar solamente con el complejo sistema nervioso del cuerpo humano, donde una falla en el sistema puede acarrear graves consecuencias. Solamente con la ayuda legal se puede pensar que este objetivo es alcanzable, y es por ello que a nivel nacional y federal

14 Joachim Jacob: *Bundesbeauftragter für den Datenschutz, Tätigkeitsbericht 1993-1994* (Ombudsman Federal para la protección de datos, Informe de Labores 1993-1994), 15. *Tätigkeitsbericht*, Bonn, p. 533, 1994.

existen varias instituciones de control que han ido surgiendo de la práctica y las necesidades cotidianas.

Con la creación del Ombudsman o Comisionado para la Protección de los Datos el Parlamento ha logrado una institución de control especializada en todas las áreas del desarrollo de la informática, que puede ofrecer además asistencia técnica especializada y asesoramiento legal; pero sobre todo, ha logrado que el derecho a la privacidad de las personas no quede únicamente enunciado en la ley.

5. El Ombudsman del Consumidor

En España

El punto de arranque en el cual se fundamentan la Ley de Defensa del Consumidor es evidentemente el de los derechos y las garantías constitucionales. Sin ahondar en una reflexión de filosofía del derecho, Joaquín Ruiz Giménez aborda el tema desde la perspectiva de los valores esenciales del ser humano. El uso y el consumo¹⁵ responden a necesidades básicas de la vida humana, entendida en los términos en que la concibe Ortega, como una realidad radical, es decir, vista desde el hecho biológico y psicológico, en la cual, sin el derecho al uso y consumo de las cosas, el derecho a la vida sería imposible.

Señala la conexión entre el consumidor, que es un ciudadano que consume o usuario, y los valores fundamentales, los valores que van encarnando en derechos fundamentales. Eso es en un primer punto la conexión entre el fenómeno humano del uso y del consumo de las cosas y los valores personales y sociales básicos, que por eso se elevan al rango constitucional. [...] en conexión con esto, el proceso de hacer positivas de las normas sobre el consumo, y además encarnando en una jerarquía normativa, que incluso ha llegado al nivel constitucional [...].¹⁶

Sin bien está claro que el mandato constitucional no puede perder de vista esta verdad antropológica de la relación con los demás seres humanos y las cosas en la cual el hombre vive, no se puede dejar de lado la otra perspectiva, no menos cierta para que el ordenamiento jurídico y el derecho hayan ido ocupándose cada vez más de los problemas de los usuarios. Reconoce que la explica-

15 Joaquín Ruiz Giménez: "El papel del Defensor del Pueblo en la protección de los consumidores y usuarios", *Estudios Sobre Consumo*, n° 13, abril de 1988, p. 52. "Uso es la acción y el efecto de usar, como dice nuestra Real Academia, y usar es utilizar algo, alguna cosa material e incluso un servicio para los intereses personales o colectivos de la persona que acude al uso; el uso en este sentido abarcaría todo pero hay una forma específica del uso que es el consumo, y eso el diccionario de la Real Academia lo precisa de esta manera: El consumo es el gasto de aquellas cosas que con el uso se extinguen o se destruyen. [...] Especialmente el consumo lo vamos a tener muy presente en todo lo que se refiere a los productos del sector del área alimentaria y lo vamos a tener presente en medicamentos, etc., y en cambio el uso nos permitirá tener en cuenta los servicios públicos".

16 *Ibíd.*, pp. 51-53.

ción reside en las necesidades de una sociedad de consumo donde todo está predeterminado por el Estado, en cuanto “a las exigencias de la Justicia en la distribución de los bienes necesarios para la vida y en las limitaciones a los poderes públicos en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores”. Pero a ello hay que sumar una preocupación más grave aún: el “derecho al consumo de los que no pueden consumir porque las circunstancias económicas sociales de sus respectivos pueblos o naciones lo hacen imposible”.¹⁷

La preocupación por integrar los derechos de los consumidores y de los usuarios en la categoría de derechos fundamentales se podría decir que es una consecuencia lógica de la evolución del concepto mismo de lo que significan los derechos fundamentales. En todas las Constituciones del siglo XIX y aun en el siglo XVIII, lo más importante eran los derechos de libertad: las libertades de las personas, la libertad religiosa, la libertad de pensamiento, la libertad de asociación, de reunión, de participación; derechos cívicos y políticos ligados a un movimiento político revolucionario liberal que respondía a las necesidades sociales del momento, antes que los derechos de igualdad y solidaridad humana y las libertades propiamente económicas, sociales, culturales y medioambientales que hoy en día la conciencia colectiva se plantea.

La iniciativa de reconocer los derechos de los consumidores y usuarios y de elevarlos al plano constitucional se origina en el nivel supranacional. Son varias las razones que se plantean los organismos internacionales, como lo muestra la Declaración de la ONU de 1948, que ya reconoce ciertos derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación, al trabajo y a la seguridad social. Posteriormente, la Carta Social Europea de 1961 ya contiene algunas indicaciones puntuales respecto a los derechos sociales que tienen que ser asegurados por los Estados democráticos. Aunque no se habla directamente de los derechos de los consumidores, se perfila ya a los ciudadanos como portadores de ellos. Ya desde 1961, el Consejo de Europa empieza a ocuparse de los derechos de los extranjeros y de los derechos fundamentales; entre ellos los derechos de los consumidores y usuarios que se recogen en la Carta de los Consumidores, resolución del año 73 (543/73) adoptada en la Asamblea del Consejo de Europa y posteriormente en la Declaración de los Derechos del Consumidor de 1975, de la cual se derivan los siguientes principios que luego se recogen en varias Constituciones:

17 En el mismo orden de consideración están las reflexiones que nos planteamos sobre un punto clave del consumo: la publicidad, marca distintiva de las economías de mercado, que con el impacto masivo determina inclusive las actitudes y valores humanos creando contrariamente problemas de otra índole en los países más pobres, para cuya población mayoritaria dichos productos no están a su alcance o difícilmente los emplearían con sus escasos recursos. Entonces hay que estudiar cuidadosamente los términos en los cuales los problemas de los consumidores y usuarios se van integrando a la categoría de derechos fundamentales y a las normativas específicas, porque, por ejemplo, la publicidad calificada de desleal con estos agravantes necesita enfrentar mecanismos más severos de control para restringirla.

- 1) Derecho a la protección y a la asistencia: Al usuario y al consumidor se le considera de alguna manera, todavía hoy, como un menor que necesita ser protegido, ¿protegido frente a quién? Protegido frente a los abusos de la Administración, pero sobre todo frente a los abusos del poder económico de las grandes empresas multinacionales, etc.
- 2) Derecho a la reparación de daños: Los daños sufridos, cuando por el uso o consumo se le han inferido en perjuicio.
- 3) Derecho a la información: Ha de ser informado patentemente y con veracidad de qué es lo que se le ofrece.
- 4) Derecho a la educación: Es decir, que es algo más, ya desde las escuelas se está educando a la mente del consumidor para que sepa que el ciudadano no es un súbdito de la Administración y de los poderes económicos, sino que es ciudadano con plenitud de derechos.
- 5) Derecho a la consulta: Ha de ser consultado en la elaboración de normas generales la representación. Es decir, a participar de alguna manera en el proceso normativo y de la actuación administrativa. Esto en el año 73, y luego en el concepto de la Comunidad Económica Europea, en su programa preliminar y en su programa segundo, insiste muchísimo en esos cinco derechos y añade, lo precisa más, derecho a la salud y a la seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos:
 - Derecho a la reparación de daños.
 - Derecho a la información y educación.
 - Derecho a la representación, a ser escuchado.¹⁸

Sin embargo, en el plano nacional muchas Constituciones, inclusive las de los países de la Comunidad Europea,¹⁹ tardaron en concretar estos principios y valores más o menos éticos y sociales en normas jurídicas, pues en ellos se seguían debatiendo las concepciones económico-sociales de la economía social, del libre mercado y de la crisis política marxista que estimaba que las libertades tenían resueltas las necesidades básicas; entre una mentalidad progresista y una conservadora, que pensaba que elevar al rango de derechos constitucionales los derechos del consumidor era una especie de contraposición a la idea de

¹⁸ Ruiz Giménez: art. cit., p. 55.

¹⁹ Curiosamente las Constituciones de “vanguardia”, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en las cuales se concretan los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales como educación, seguridad social y trabajo, no se mencionan explícitamente los derechos de los consumidores, aunque contienen normas que convergen a ellos; por ejemplo, en varios de los artículos, como el 73 de la Ley Fundamental de Bonn, de la Constitución de la República Federal Alemana de 1949. La misma Constitución Española de 1978 (el modelo más próximo a la nuestra), que era la última Constitución que aparecía en Europa Occidental, luego de que ya varias otras como la de Portugal habían adoptado las recomendaciones del Consejo de la Comunidad Económica Europea, termina por aprobar tras muchas discusiones el artículo 51, situado en el capítulo III del título I que lleva como subtítulo “De los principios rectores de la política social y económica” y que recoge los derechos fundamentales, definidos así en el Pacto de 1966 y que reza: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. = 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. = 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

la economía liberal del mercado y la libertad de empresas a la cual estaba ligada. Pero detrás de todo ello se anticipaban ya los riesgos crecientes que la sociedad de consumo acarrearba, el reconocimiento de los abusos de las libertades que pueden darse debido a la masificación del consumo, a la producción en serie, a la incidencia de las compañías multinacionales, a la distancia y el desequilibrio cada vez mayor entre el productor o vendedor y el consumidor o usuario, la ampliación de los mercados y de las ofertas que ponían en riesgo la seguridad, el precio, la salud, etc. En ese estado de cosas, urgía que las ciencias sociales, todas las disciplinas jurídicas y sobre todo el derecho cumpliera con la función de proteger todo cuanto concierne a los consumidores y usuarios considerándolo como un derecho fundamental garantizado por la Constitución.

Desde este punto de vista, el uso y el consumo están estructurados dentro del núcleo de los derechos y libertades fundamentales que el Ombudsman debe resguardar. No entraremos en un debate doctrinario acerca de los límites de la jurisdicción del Ombudsman o el Defensor del Pueblo en materia de defensa de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones recíprocas (civil, hipotecario, mercantil, laboral), puesto que aquello es materia de los tribunales de justicia, pero sí recordaremos los derechos de los ciudadanos frente al conjunto de las administraciones públicas y a la posición que los poderes públicos tienen en relación con la protección de los derechos de los consumidores. Como tan claramente lo expone Joaquín Ruiz Giménez:

Somos abogados del pueblo, pero siempre que se dan dos coordenadas, dos dimensiones. Una, que está en juego uno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 1 de la Constitución [...]. Y segundo, que ese derecho haya resultado infringido por actuación; pero nosotros hemos ampliado la interpretación también por omisión de un servicio público, es decir, de un órgano de una Administración Pública, desde los Ayuntamientos, a los Ministerios y las compañías de capital público.²⁰

La institución del Defensor del Pueblo español ha detectado diez áreas muy claras donde los derechos de los usuarios y los consumidores están en juego. En primer lugar está el área del consumo alimentario, que implica la custodia de la calidad de los productos, de la calidad y el precio y la vigilancia de la publicidad. La segunda área es todo lo relativo a la asistencia sanitaria, que incluye la parte farmacéutica y de medicamentos; la tercera es el área de la vivienda; la cuarta son suministros de agua y electricidad; la quinta, transportes públicos, que incluye retrasos, extravíos de equipaje, accidentes; la sexta son las comunicaciones: teléfonos, correos y telégrafos; la séptima área es la de los se-

20 Ruiz Giménez, art. cit., pp. 53-56. El autor se refiere a la Constitución española y concretamente al caso de la Oficina del Defensor del Pueblo, que presidió en 1984. Proporciona datos concretos sobre la cantidad de quejas (70%) que se refieren a este tipo de problemas de uso de servicios públicos que no funcionan correctamente.

guros; la octava, “para nosotros la más grave y la más importante”, el servicio público de la Justicia; la novena es el área del medio ambiente; y, finalmente, la décima es el área del ocio y la juguetería.

Evidentemente, hoy en día en una sociedad tan compleja —donde intervienen nuevos modelos económicos y políticos, privatización de los servicios públicos, expansión de compañías transnacionales, políticas integracionistas, la globalización del mercado, nuevas técnicas de marketing, comunicación y comercialización, etc.—, los derechos y las garantías de los consumidores y usuarios son temas de vigilancia activa y permanente replanteamiento. Todavía tienen que ser evaluados en su plenitud, pero necesariamente se debe reconocer que, para que la ley tenga un amplio efecto, deben existir alianzas y colaboradores. En sociedades con participación más activa de la sociedad civil, un colaborador obvio es el consumidor educado y las organizaciones de consumidores; junto con ellos complementa su papel vigilante el Ombudsman o el Defensor del Pueblo, y más aún —en los casos concretos como el que veremos a continuación— los Ombudsman del Consumidor, establecidos como agencias públicas con el objetivo específico de controlar, supervisar y fomentar la legislación y su cumplimiento.

En Suecia

La actual Ley de Protección al Consumidor sueca es la base sobre la cual se creó la Oficina del Ombudsman del Consumidor, así como el Tribunal de Defensa del Consumidor. Su antecedente es la Ley de Comercialización de 1971, la cual implementó un significativo cambio en la perspectiva sobre la publicidad y las prácticas de comercialización. El justificativo de más peso fue el desequilibrio que surge en el mercado libre entre los comerciantes y el consumidor cuando los comerciantes abusan del poder de fijar los precios y del regateo. Para el consumidor es fundamental la educación y las posibilidades de compensación; es decir, contar con ciertas pautas que le posibiliten una elección segura tomando en cuenta la relación calidad-precio, como son la publicidad honesta, sanas prácticas comerciales, productos de consumo seguros y términos contractuales equitativos.

Aunque la legislación básica prohíbe en términos generales una conducta comercial inadecuada o carente de escrúpulos y una comercialización inapropiada,²¹ contiene además disposiciones específicas sobre algunos te-

21 Ley de Comercialización de 1975, sección 2: “A un comerciante que, para la comercialización de cualquier mercancía, servicio u otro bien, promociona o realiza cualquier otra acción que, por estar en conflicto con las buenas normas comerciales o que de alguna otra manera afecte adversamente a los consumidores o comerciantes, el Tribunal de Defensa del Consumidor puede prohibirle que continúe con ella o tomar una medida similar. Asimismo, puede imponerse una prohibición a un empleado de un comerciante, como también a cualquier otra persona que haya contribuido sustancialmente a la acción”.

mas, como la publicidad engañosa, la obligación que tienen los comerciantes de suministrar información al consumidor, los términos contractuales desleales y la seguridad de los productos. Lo doctrinariamente más importante es el principio sobre el cual se basa la cláusula general sobre comercialización impropia, que es el principio de la *obligación inversa de probar*, establecido por primera vez por el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (ICC). A saber, el comerciante debe ser capaz de demostrar que sus anuncios publicitarios son correctos, tema que en los países nórdicos no es materia controvertida, puesto que la ética comercial misma exige la sustanciación del anuncio publicitario.²² De no ser así, el Tribunal de Defensa del Consumidor puede prohibir el futuro uso de la actividad comercial. En algunos casos particulares —como los seguros y créditos de consumo, la publicidad del tabaco y las bebidas alcohólicas— existe una legislación que contiene requisitos más específicos aún, cuyo incumplimiento constituye también violaciones a la Ley de Comercialización. Sin embargo, en la práctica la tarea más difícil en cuanto a la protección del consumidor es la eficacia de las medidas de supervisión del cumplimiento de estas disposiciones legales. Por esta razón la ley estableció un Ombudsman del Consumidor, nombrado por el Gobierno para supervisar a los comerciantes, actuar sobre las reclamaciones e inclusive proceder por iniciativa propia.

En 1976, la oficina del Ombudsman del Consumidor sueca fue fusionada con la Junta Nacional de Políticas del Consumidor, cuyo Director General es al mismo tiempo Ombudsman del Consumidor. La oficina cuenta actualmente con más de 175 trabajadores distribuidos en varios departamentos, como investigación y análisis, vigilancia de leyes y publicaciones y el laboratorio de pruebas. El Ombudsman actúa ante el Tribunal como una especie de fiscal en nombre del interés colectivo de los consumidores. El Tribunal está presidido por un juez, asistido por un vicepresidente; cuenta además con tres miembros nombrados por el comercio y la industria y otros tres representantes de los consumidores y comerciantes. En casos de menor cuantía, puede emitir un mandato de suspensión de actividades ilegales que, de ser firmado por el comerciante implicado, tiene el mismo efecto que un mandato judicial del Tribunal de Defensa del Consumidor. Los casos que juzga el

22 La Ley de Prácticas de Comercialización noruega de 1972 comienza con una cláusula general, en el artículo 1, que dice: “En el desempeño de una actividad comercial, no debe llevarse a cabo ninguna acción que sea contraria a las buenas prácticas comerciales en la relación entre los empresarios, o que sea injustificable en relación con los consumidores”. Se complementa con reglas especiales que disponen igualmente la prohibición de métodos comerciales engañosos, la prohibición de premios y loterías para buscar la promoción de ventas y expresamente la publicidad en la que se discrimina a los sexos. Se considera un tipo de publicidad desleal o ilegal cuando la publicidad de los productos que se ofertan no está respaldada por pruebas suficientes de su validez. En Noruega, el Ombudsman requiere documentación científica e imparcial de una institución reconocida; tal es el caso, por ejemplo, de los productos para adelgazar. (En los cuatro países nórdicos —Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega— existe el mismo tipo de legislación, que prohíbe las prácticas de comercialización desleales y cuenta con un Ombudsman del Consumidor como organismo de supervisión.)

Tribunal pueden ser presentados por el Ombudsman del Consumidor, por las organizaciones de consumidores o por los comerciantes, quienes en la práctica son los que con más frecuencia querellan entre sí por la violación de la Ley de Comercialización.

El mejor indicador para saber dónde se concentran los problemas de los consumidores son los reclamos presentados ante la Junta de Consumidores o ante el Ombudsman del Consumidor: falsas promesas de descuentos, reducciones ficticias de precios, presiones de venta por parte de las empresas de tarjetas de crédito, productos de dudoso valor sanitario, etc. Sin embargo, existen también problemas de consumo de otro tipo, como aquellos que plantean las nuevas técnicas de marketing y que no pueden estar contemplados al detalle en los reglamentos. Las estipulaciones legales de tipo tradicional se complementan mediante las sentencias del Tribunal de Defensa del Consumidor, es decir, sentando jurisprudencia. (Más de trescientas sentencias se han elaborado en el transcurso de los años, la mayoría de las cuales se refiere a publicidad engañosa.) Además, aunque no con el carácter de vinculantes en el estricto sentido legal, la Junta de Consumidores publica las directrices relativas a la comercialización; es decir, la información que se exige a los comerciantes con relación a la publicidad, seguridad del producto, comercialización, etc., que es elaborada mediante consulta con la organización comercial pertinente y que el Tribunal de Defensa del Consumidor utiliza para emitir sus veredictos.

Al recibir una queja justificada, el Ombudsman del Consumidor intenta siempre llegar a arreglos comerciales rápidos, ya sea con los comerciantes individuales o con las organizaciones empresariales. Los propios comerciantes que tienen interés de permanecer en el mercado han desarrollado indirectamente los reglamentos siguiendo de cerca las actividades de la Junta del Consumidor y del Ombudsman; ya que en varios casos estos arreglos negociados se solucionan con la adopción de medidas voluntarias como formulaciones más claras o más orientadoras de las normas empresariales hacia el consumidor, modificación de sus anuncios, campañas de comercialización, métodos y formación del personal de ventas, utilización de términos contractuales equitativos; es decir, medidas que no sólo ayudan a mejorar la imagen de la empresa, sino que representan una indiscutible mejora de los derechos del consumidor que se reflejan en la mayoría de los casos en las decisiones del Tribunal de Defensa del Consumidor. Hay que reconocer que una de las razones para que el sistema funcione es indudablemente el hecho de que la empresa está representada en el Tribunal de Defensa del Consumidor y, por consiguiente, vinculada a los veredictos del organismo.

Es de destacar que en Suecia existe una red local para permitir el cumplimiento de la legislación de comercialización. La mayoría de las ciudades tienen en sus oficinas municipales sus propios asesores locales de consumo,

encargados de informar a los consumidores sobre sus derechos con relación a productos y servicios defectuosos. Aunque el asesoramiento al consumidor carece de competencia para emprender acciones legales, su influencia informal sobre el mercado es considerable, puesto que en la práctica, con sólo ponerse en contacto con el comerciante local, puede mantenerse una buena vigilancia del mercado. Además de vigilar las sanas prácticas comerciales, es capaz de impedir gran cantidad de publicidad dudosa, sobre todo cuando los grupos de consumidores son débiles o no están organizados ni articulados en organizaciones de consumidores. Por consiguiente, las oficinas municipales de Asesoramiento al Consumidor no sólo ayudan a prevenir los problemas de consumo y la vigilancia de las reglas del mercado, sino también a identificar problemas particulares que pueden ser tratados a través de una acción colectiva ante los tribunales ordinarios. Cuando los casos no pueden resolverse en el nivel local son comunicados a la Junta de Consumidores y al Ombudsman del Consumidor.

Las sentencias que el Tribunal de Defensa del Consumidor expide contienen la sanción de una multa²³ predeterminada y especificada en la orden del Tribunal. A pesar de que el derecho penal desempeña un papel limitado para los casos de fraude en el área del consumo, un comerciante que haya actuado intencionalmente utilizando descripciones engañosas con el fin de aumentar la demanda de sus productos puede, según la sección 6 de la Ley de Comercialización, ser multado e incluso condenado a prisión. Basado en esta estipulación y con la autorización del Ombudsman del Consumidor, el fiscal puede instituir acciones penales contra un comerciante en un tribunal ordinario.

En la actualidad, un tema que está siendo cada vez más debatido y elaborado es el del carácter informal de la aplicación de la ley en un mercado más internacional con motivo de la expansión de la comercialización. Como resultado, se conformó una comisión legislativa nombrada por el Gobierno para revisar la Ley de Comercialización. Uno de los principales puntos a tratar fue la necesidad de implementar medidas de control para hacer vigente la Ley de Comercialización en el mercado integrado de la Comunidad Europea, ya que mucha de la publicidad utilizada tiene su origen en el extranjero; otro fue la necesidad de implementar sanciones más severas en el caso de violaciones de las reglas de comercialización establecidas y prever una solución para los problemas de consumo que puedan llegar a provocar las nuevas técnicas de comunicación y de comercialización.

23 De acuerdo con una evaluación reciente que se hizo sobre la Ley de Comercialización, se anotó como uno de los principales defectos la cuestión de si la sanción "sentencia bajo amenaza de multa" es suficientemente efectiva como para evitar los usos incorrectos y la reincidencia en el mercado, y si el carácter informal de la aplicación de estas sanciones va a tener éxito en un mercado más internacional.

Hoy en día, varios temas siguen siendo motivo de constante estudio y análisis. La Comisión de Políticas del Consumidor de la Comisión Europea,²⁴ en el *Manual para el consumidor europeo en el mercado interno*,²⁵ publicado en 1995, señala que en el esfuerzo por alcanzar la meta de unificar las políticas y la legislación del consumidor se han encontrado con dos grandes obstáculos. En primer lugar, la falta de coordinación que hubo en el pasado de gran parte de la normativa de cada uno de los pocos Estados miembros con las políticas de la Unión Europea, con lo cual el procedimiento legal tiene inevitablemente para los ciudadanos la apariencia de un impenetrable laberinto y, por consiguiente, ellos mantienen una opinión negativa respecto al trabajo de integración de la Comunidad Europea, pensando, al contrario, que las políticas nacionales son las más eficaces. En segundo lugar, la dificultad radica en el plano en que la comunidad fundamenta las decisiones, las soluciones y compromisos eternos de los diferentes sectores de los países miembros, compromisos incoherentes que hasta ahora no han resuelto ningún problema. Sin embargo, la Comisión Europea sigue trabajando, con el apoyo de 56 órganos consultivos nombrados por tres años, con capacidad de ser reelectos por un período consecutivo, los cuales son representantes de las organizaciones nacionales y regionales de consumidores que trabajan en temas concretos por encargo de la Comisión y en asuntos que surgen de sus propias iniciativas y experiencia. Varios son los temas sobre los cuales se ha llegado a un consenso en materia de libre comercialización de productos: compras en países vecinos; pago del IVA; información y consejo legal; generalidades acerca de la protección de los consumidores como garantía, publicidad, etiquetas, contratos, ventas a distancia, ventas a domicilio y seguridad de varios productos; y otros temas específicos relacionados con comestibles y bebidas, cosméticos, juguetes, textiles, herramientas, vivienda, medicamentos, viajes, financiamiento y seguros.

6. El Ombudsman de las Compañías de Seguros en el Reino Unido

Los argumentos del sector privado y de prestación de servicios para buscar mecanismos alternativos de solución a los conflictos son los mismos que tiene el ciudadano cuando se refiere a los costos y la demora que representa para cada uno el dejar en manos de la justicia la solución a sus problemas. La falta de información, la falta de honestidad de los funcionarios y muchas veces inclusi-

24 La Comisión Europea está conformada por 12 Estados miembros nombrados por cinco años; a partir de 1995 forman parte de dicha comisión 17 miembros que tienen entre sus objetivos el unificar las políticas y las normas jurídicas que competen a la integración.

25 Europäische Kommission: *Leitfaden für den europäischen Verbraucher im Binnenmarkt*, Bruselas, 1995.

ve la falta de un marco legal que determine las pautas de conducta tanto para los prestadores de servicios como para quienes lo requieren, complican aún más las relaciones mercantiles y sociales. No es únicamente el Estado el que determina hoy en día el orden la vida cotidiana; indudablemente lo hacen con más fuerza quienes proveen de bienes y servicios, algunos de los cuales representan requerimientos, si no vitales, por lo menos de carácter legal.²⁶ Esta situación, hasta cierto punto normal debido al complejo desarrollo de la sociedad; provocó en ciertos países de Europa, sobre todo durante los años ochenta, la necesidad del sector privado de demostrar y proporcionar a los consumidores cierta seguridad en el mercado que se ofertaba.

En el caso de Inglaterra, como consecuencia de la apertura de los mercados financieros y los cambios regulatorios de dichos mercados, el método alternativo más favorable para la solución de los conflictos que surgían de las relaciones entre proveedores y consumidores fue el del Ombudsman,²⁷ puesto que era el que mayor seguridad ofrecía a los consumidores y también a los suministradores de los servicios financieros, quienes a través de este método podían mejorar los mecanismos de supervisión para los cuales estaban autorizados y así evitar que surgieran nuevos conflictos; además, les permitía establecer ciertas pautas de solución a los problemas cuando éstos ya habían surgido y —por qué no reconocerlo— también mejorar su imagen a la vez que promocionarse en el mercado.

La clave del problema de los contratos de seguros radica en que los consumidores por lo general no tienen la posibilidad de negociar o cambiar los términos de los contratos; normalmente éstos son contratos tipo ya impresos, de la clase que suelen usar las compañías aseguradoras y las reaseguradoras o *brokers*. Esta carencia de fuerza para negociar no se puede equiparar al principio de igualdad y honestidad que posibilita al consumidor litigar en una corte. Más aún, se agudiza la desigualdad cuando, como en el caso de Inglaterra, la ley dispone que en los contratos de seguros es el asegurado quien tiene la obligación de presentar la carga probatoria. A pesar de que las compañías de seguros afirmaban no tomar ventaja de estas circunstancias, las cortes, las asociaciones de consumidores y la Comisión Legal del Parlamento estaban colmadas de quejas al respecto; y lo que más preocupaba, sobre todo a las propias compañías ase-

26 Un ejemplo claro de una necesidad de consumo legal es el requerimiento obligatorio para los dueños de vehículos de adquirir una póliza de seguro para éstos. Ley de Tránsito y Transportes Terrestres de Ecuador dispone en su artículo 140: "Las compañías, empresas o cooperativas de transporte terrestre y los propietarios de vehículos a motor, sean de servicio masivo, de uso particular o del sector público, obligatoriamente contratarán un seguro de responsabilidad civil contra terceros según el caso, con el objeto de cubrir los riesgos de posibles accidentes de tránsito e indemnizar por la muerte, por las lesiones corporales causadas a las personas y los correspondientes gastos médicos, así como los daños materiales ocasionados a los bienes de terceros. Ningún vehículo podrá ser matriculado si su propietario no presenta el original del correspondiente contrato de seguro mencionado en el inciso anterior".

27 G. Borrie, citado por P. Rawlings y C. Willet: "Ombudsman Schemes in the United Kingdom's Financial Sector", *Journal of Consumer Policy*, vol. 17, n° 3, septiembre de 1994, p. 307. En Inglaterra el primer Ombudsman en el sector público fue el Comisionado Parlamentario para la Administración (1967), seguido por el Comisionado para el Servicio de Salud (1973) y el Ombudsman para los Gobiernos Locales (1974).

guradoras, era que el mercado de servicios financieros permitía a los consumidores negociar en mejores términos con compañías aseguradoras extranjeras.²⁸

Aunque las compañías aseguradoras británicas están sujetas al código que regula la Asociación de Aseguradoras Británicas (ABI), existen problemas que no están contemplados en el *Instructivo y práctica en general y a largo plazo de las compañías de seguros*; por ejemplo, el mecanismo para tratar las quejas o cuestiones de mayor envergadura, como la forma de regular la provisión de los servicios de seguros —que, según las disposiciones de la Comunidad Europea, quedan en manos de cada país de donde provienen las compañías de seguro extranjeras y no de las regulaciones nacionales del país que actúa como anfitrión—; el resultado lógico es que resulta simplemente imposible obligar a las compañías extranjeras a adoptar las normas del *Instructivo* sin hacer uso de las presiones comerciales. Otro problema es que este *Instructivo* cubre únicamente las garantías y resarcimientos (*disclosures*) y no requiere de un trato honesto en otros aspectos de las relaciones entre la aseguradora y el asegurado, puesto que las directrices de los contratos de los consumidores²⁹ no cubren los términos específicos de los contratos de seguros. Aparte de estos problemas del *Instructivo y práctica de seguros* (*Statements of Insurance Practice*), el consumidor también afronta otros que tienen que ver con la complejidad y parcialidad de la Ley de Seguros.

En 1981, gracias a la iniciativa privada de las tres compañías de seguros más grandes de Inglaterra, se crea la oficina del Ombudsman de los Seguros (*Insurance Ombudsman Bureau*, IOB), que para 1990 ya contaba con más de trescientas compañías asociadas a la institución.³⁰ Sin embargo, su creación dio lugar inicialmente a varios temores, sobre todo del sector industrial, de que esta oficina pudiera convertirse en el asidero de todos problemas de los consumidores. Como una medida preventiva, la ABI creó un esquema alternativo: el Esquema Personal de Arbitraje de Seguros (*Personal Insurance Arbitration Scheme*), que también proporciona un mecanismo para la solución de conflictos.³¹

La IOB es una asociación particular regulada por sus propios estatutos y memorandos. Está sujeta a la supervisión de un Consejo y su Directiva, que son

28 El primer antecedente por parte de las compañías que surge como respuesta a esta inquietud es el Acta de Términos de Contratación Ilegales de 1977 (Unfair Contract Terms Act), que fue revisada en 1981 y reforzada con medidas más severas que dieron como resultado el *Instructivo y Práctica en General y a Largo Plazo de las Compañías de Seguros de 1986* (*Statements of General and Longterm Insurance Practice 1986*). Más que un código de práctica voluntaria, este instructivo se convirtió en una condición para ser miembro de la Association of British Insurers (ABI) (Asociación de Aseguradoras Británicas).

29 Council Directive 93/13/EEC of 5th April, 1993: Unfair Terms in Consumer Contracts Directive, artículo 4.

30 Birds, Graham, Holding y otros citados por Rawlings y Willet: art. cit., p. 311. De acuerdo con algunos autores, la creación de la oficina del Ombudsman para los Seguros fue una estrategia, al igual que la que usaron los banqueros (Office of Banking Ombudsman), para introducir un paquete de medidas regulatorias.

31 Este modelo es mucho más restringido que el IOB, puesto que es únicamente válido para los residentes del Reino Unido. Tiene que existir el acuerdo contractual del arbitraje aceptado por ambas partes, tanto por el asegurado como la aseguradora. No permite la posibilidad de investigar sino más bien se asemeja a una audiencia judicial en la cual ambas partes tienen la obligación de acatar la decisión del árbitro. En los contratos de seguro se ha establecido ya como una cláusula formal. Una disposición paralela en nuestra legislación sería la del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación y el sometimiento de la controversia, artículo 15, al Acta de la Audiencia de Mediación que “tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada”.

los que nombran al Ombudsman. Para asegurar la neutralidad en sus decisiones, solamente dos de las diez personas que conforman el Consejo están ligadas a compañías de seguros. La asociación trabaja con los fondos que recauda de sus miembros; el servicio que presta a los consumidores es gratuito. Posee un equipo de trabajo que labora a tiempo completo y que, entre otras actividades, tiene la de realizar investigaciones, recibir las quejas individuales o disputas sobre pólizas de seguro expedidas en Inglaterra en las que los mecanismos de reclamo internos hayan sido ya agotados, y actuar como árbitro conciliador o hacer concesiones sobre 100.000 libras. Sus miembros no tienen derecho a apelar sobre las decisiones, mientras que los consumidores pueden recurrir a las cortes. Dado que este modelo está basado en un contrato y en una membresía voluntarios, la Corte Superior dictaminó que no es un organismo que esté operando en el ámbito del derecho público —como opuesto al privado— y que, por lo tanto, sus decisiones no tienen carácter de ley y no están sujetas a revisión judicial.³²

Resulta relevante analizar los principios sobre los cuales se sustenta el criterio del Ombudsman y que sirven de guía para sus decisiones en relación con las quejas, demandas o reclamos. Tiene que tomar una determinación acorde con los términos del contrato, actuar de conformidad con las normas legales aplicables o las decisiones judiciales, con los principios generales de un proceder correcto en materia de seguros, con estos términos de referencia y con las directrices de la práctica de seguros, los códigos de procedimiento que emite la ABI y las Asociaciones pro Servicio a la Vida. Pero sobre todo, no tiene que estar ligado a una decisión previa tomada por él o por su antecesor, y en la determinación de lo que son los principios de práctica correcta en materia de seguros, cuando lo considere apropiado, debe consultar con este sector.³³ Dos son los criterios que priman en este principio: por un lado, la situación legal que regula los contratos y, por otro, la práctica acorde con los principios y el punto de vista del sector de los seguros. Sin embargo, puesto que tanto la ley como los principios no son del todo claros, se espera que el Ombudsman, con mejor criterio, llene los vacíos legales que dejan ambos y que de forma más rápida, directa y económica provea una decisión equitativa para ambas partes.

En los informes anuales esta posición está claramente establecida cuando se encuentran argumentos explicativos que hacen referencia al sentido común contrario a una posición estrictamente legal, o a una decisión que corresponde

32 *The Times*, 7 de abril de 1994, caso R v Insurance Ombudsman Bureau and Another, Ex Aegon Life Assurance Ltd.

33 Insurance Ombudsman Bureau: Annual report for 1992, England, IOB, 1992. *"The Ombudsman may, in relation to any complaint, dispute or claim comprised in a reference, make an award against any member named in such reference and in making any award he shall have regard to the terms of the contract, and act in conformity with any applicable rule of law or relevant practical authority, with general principles of good insurance practice, with these terms of reference and with the statement of insurance practice and codes of practice issued from time to time by the Association of British Insurers and the Life Offices Associations but shall not otherwise be bound by any previous decision made by him or any predecessor in his Office. In determining what are the principles of good insurance practice he should where he considers it appropriate consult with the industry"*.

a otra época y circunstancias históricas y cuyas implicaciones no corresponden a la realidad actual. En general, el criterio que predomina siempre en las decisiones del IOB es el de la equidad, puesto que existen casos concretos en los cuales se han ignorado las normas legales específicas contrarias a las expectativas del consumidor, como en el caso de las negligencias de los intermediarios. Según la ley, las compañías de seguros no tienen ninguna responsabilidad legal por las malas interpretaciones u ofrecimientos fallidos que los intermediarios ofrezcan a sus asegurados. A pesar de que existen varias opiniones contrarias a esta situación legal injusta, únicamente el Ombudsman las ha llevado a la práctica responsabilizando a las compañías aseguradoras por la acción de los intermediarios.³⁴

Concomitantemente con estos casos de aplicación práctica, el IOB también trata de introducir más seguridad en el procedimiento investigativo de las compañías aseguradoras, que es la queja constante de los asegurados, actuando como un mediador, aun cuando no haya pérdidas o reclamos monetarios de por medio. En definitiva, la labor que realiza la Oficina del Ombudsman de los Seguros tiene como objetivo principal solucionar los problemas que surgen de la falta de definición sobre la responsabilidad de los aseguradores, que de una parte se originan en la obligación parcializada que otorga la ley de seguros y, de otra, en la falta de regulaciones estatutarias en los contratos. Este vacío con respecto a las regulaciones en los contratos de seguros que actúan en detrimento de las expectativas de los consumidores y que las compañías aseguradoras han tratado siempre de evitar es la crítica más aguda que debe ser tomada en serio para una reforma legal.³⁵

7. El Ombudsman de los Bancos

En Inglaterra

El Ombudsman de los Bancos es una figura que en Inglaterra surge también gracias a la iniciativa privada. La relación que surge entre un banco y sus clientes es esencialmente de tipo contractual, pero, a diferencia del Ombudsman de los Seguros, para el caso de Inglaterra los contratos bancarios están regulados por la Ley de Términos Contractuales (*Unfair Contract Terms Act, 1977*); además, los contratos no son generalmente por escrito sino en su mayoría implícitos y no significan una carga onerosa total para el cliente como en el caso de los seguros. El hecho de que exista un grupo de regulaciones legales que controle las relaciones

34 Ibídem: "Pending legislation it seems impossible to assume that the legal positions will necessarily produce an equitable outcome. Accordingly, I am prepared, in appropriate cases, to hold insurers responsible for the defaults of intermediaries".

35 Law Commission (1980) Insurance Law: Non-disclosure and breach of warranty, Londres, Her Majesty's Stationery Office, Report 104, command 8064.

entre el banco y sus clientes significa también que las posibilidades del banco de evadir las responsabilidades que tiene para con ellos está sujeta a mayores regulaciones que, además de ser de condiciones desiguales de negociación, pueden también acarrear mayores complicaciones debido a su complejidad.

Existe una pequeña oportunidad para los clientes de renegociar los términos de los contratos; sin embargo, para quien tiene una deuda con un banco, la posibilidad de acudir a otro es casi imposible, amén de que las condiciones que el otro puede ofertar son casi las mismas. En esta situación de desventaja surge sin embargo la crítica del Consejo Nacional de Consumidores (*National Consumers Council*) en 1983, del Comité de Revisiones (*Review Committee*) en 1989 y la resolución de 1992 como respuesta a las quejas del trato que reciben los clientes por parte de las instituciones bancarias. En consecuencia, los bancos establecieron varios mecanismos para solucionar este problema, como por ejemplo, oficinas internas para receptar las quejas de los clientes, creación voluntaria de un Código de Práctica Bancaria (*Code of Banking Practice*) al cual se suscribieron los principales bancos y el establecimiento de una Oficina del Ombudsman para los Bancos (*Office of the Banking Ombudsman*). En principio, esta idea fue aceptada por los bancos como una forma de mejorar sus relaciones públicas al mismo tiempo que se promocionaban, puesto que afrontaban ya la competencia de las compañías financieras, tiendas y productores que ofertaban servicios bancarios.³⁶

La Oficina del Ombudsman de los Bancos tiene el mismo esquema que el IOB. Según los datos estadísticos,³⁷ treinta y seis bancos estaban asociados a este organismo en 1992. Si bien es un número reducido —de acuerdo con la Ley de Bancos de 1987 existían más de quinientos bancos—, cuenta con la mayoría de los clientes privados que tienen sus cuentas en los principales bancos miembros. La Oficina está subvencionada por los bancos socios de la asociación, comandada por una Directiva cuyos miembros son designados por los bancos de entre su personal. La Directiva se ocupa de las finanzas, organización y elección de los miembros del Consejo Directivo, que son ocho en total, tres de los bancos y cinco independientes. El Consejo también está encargado de nombrar y asistir al Ombudsman y recibir su informe anual de labores. Para estas tareas actúa como un intermediario, con el fin de asegurar la imparcialidad, pero siempre está sujeto a la aprobación de la Directiva.

El procedimiento, al igual que el del IOB, tiene que haber agotado todas las vías internas de solución de los bancos antes que el Ombudsman pueda recibir las quejas. Los únicos que pueden hacer uso de sus servicios son clientes con cuentas personales, incluidos los comerciantes, los socios, los clubes y las compañías limitadas con un volumen de transacciones menor al millón de libras al año.

36 P. E. Morris: "The Banking Ombudsman", *Journal of Business Law*, Londres, pp. 131-136, 199-210, 1987.

37 Office of Banking Ombudsman: *Annual report for 1991-1992*, Londres, Office of the Banking Ombudsman, 1992.

La jurisdicción también está restringida geográficamente: se limita a los servicios que se proveen dentro del Reino Unido y no a los cheques viajeros, tarjetas de crédito ni a los servicios que los clientes puedan requerir de sus bancos asociados en el exterior. El Ombudsman tampoco tiene la capacidad de investigar las quejas relacionadas con herencias o créditos, ni los criterios de los bancos sobre los préstamos o seguros para préstamos, a no ser que exista la evidencia de mal procedimiento en los criterios vertidos; tampoco puede opinar sobre las decisiones sobre las fluctuaciones de las tasas de interés o del curso cambiario de las divisas. En el caso de recibir quejas que estén relacionadas con cualquier procedimiento de arbitraje o conciliación, tampoco puede proceder, aunque estén dentro de su jurisdicción. Asimismo, no puede aceptar las demandas que sobrepasen el monto de las cien mil libras. El Ombudsman de los Bancos no tiene ningún poder para requerir documentación a los bancos; además, cuando éstos consideran que el Ombudsman está investigando alguna queja que puede acarrearles consecuencias importantes o nuevas implicaciones legales, debe prevenirlo y detener inmediatamente la investigación.

El Ombudsman de los Bancos puede únicamente requerir al banco que se disculpe con su cliente, que cambie o reconsidere su decisión o que le pague una compensación por los daños que puede haber sufrido debido a los actos de omisión del banco; sin embargo, el cliente puede rechazar esta compensación y proceder a un reclamo judicial.

Los términos de referencia sobre los cuales se sustentan los principios del Ombudsman de los Bancos no hablan de la equidad en la relación a la cual se refiere el Ombudsman de los Seguros. Al tratar de establecer lo que significa la práctica bancaria correcta, el Ombudsman debe remitirse a consultar con los bancos, con lo que es requerido por ellos voluntariamente en su Código de Práctica Bancaria o simplemente en otro sitio.³⁸

El Informe Anual de la oficina del Ombudsman de los Bancos indica que el propósito de los bancos de reforzar la actual ley y su práctica se ha cumplido y que el proceder de otra forma produciría cierto grado de inseguridad. La ventaja para el cliente es que le permite un acceso más barato a la justicia y que, a pesar de las críticas, existe menor posibilidad de imponer normas injustas que es-

38 P. E. Morris: "The Banking Ombudsman", *Journal of Business Law*, Londres, Office of the Banking Ombudsman, pp. 206-207, 1987. "La práctica bancaria correcta implica que el rol básico del Ombudsman es el de promover y monitorear las quejas de acuerdo con los estándares de práctica bancaria correcta, tal como están formulados por la comunidad bancaria, antes que actuar como un innovador y tener la responsabilidad de diseñar algo nuevo, tal vez modelos que se ajusten más al interés público. Hay que admitir que los términos del texto no apuntan inexorablemente en esta dirección [...] pero el director de la oficina [...] indicó claramente que el no concibe como parte de su propias funciones el crear más principios onerosos para la correcta práctica bancaria". Al comentario que hace Morris se suma la crítica que hacen los grupos de consumidores argumentando que este código no es más que una descripción de la práctica bancaria deshonesta. En respuesta el Ombudsman comentó: "En cada demanda nosotros buscamos determinar lo que es justo [...] La justicia, sin embargo, no puede ser considerada aisladamente. Tiene que recordarse que al final del día, el banco no puede operar a pérdida. Como en otros servicios, los clientes deben esperar recibir no más de lo que pagan". Office of the Banking Ombudsman, 1992.

tén fuera de la ley porque están aplicando la Ley Contractual de 1977, que restringe la posibilidad de que los bancos eviten el nivel de responsabilidad que el cliente razonablemente exige. El Ombudsman solamente tiene capacidad para responder a los reclamos sobre la falta de los bancos en cumplir con las obligaciones para con el cliente; a pesar de ello, ya existen registros de que el Ombudsman ha hecho recomendaciones puntuales a los bancos sobre materias específicas tales como la excesiva emisión de tarjetas bancarias multiuso y los cobros por los servicios.

En Alemania

En la República Federal Alemana, el sistema del Ombudsman —como lo hemos conocido con el nombre y las características específicas que corresponden al modelo clásico— no ha tenido mayor acogida en el ámbito administrativo; sin embargo, la adopción del Ombudsman en el sector privado, como es el caso de los bancos, resulta un caso interesante de mencionar.

Al igual que en Inglaterra, éste nace de la iniciativa del sector bancario, pero se establece con posterioridad, a principios de 1992. Su aparición responde a varias circunstancias. Luego de una encuesta realizada por la Universidad de Mannheim, más del setenta por ciento de la población consideraba realmente indispensable que los bancos realizaran un servicio de pagos diario; lógicamente, esta necesidad es el producto de una nueva situación económica, en la cual es vital para cada persona natural o jurídica y cada familia conocer su presupuesto diario debido a la relación cada vez más estrecha que mantiene con el banco. Las cifras hablan por sí solas: las cuentas privadas suman más de cincuenta millones, mientras en 1989 la cantidad de doce millones de depósitos movió entre giros, transferencias bancarias, cargos y depósitos en otras cuentas la cantidad de 6.862 mil millones de marcos.³⁹ De allí que no sea necesario buscar más explicaciones del motivo por el cual el sector privado, en un afán por atraer nuevas cuentas y atender mejor al cliente, ofrece este servicio que, aunque no deja de ser parte de los sistemas de mercadeo, facilita las relaciones conflictivas o de simple roce y falta de información oportuna entre el banco y el cliente.

39 Thorwald Hellner: "Bankenverband beschließt Ombudsmannsystem", *Die Bank*, n° 12/91, p. 666, 1991.

8. El Ombudsman de las *building societies* en el Reino Unido

Ya en 1874 existía en el Reino Unido una forma de solución de conflictos por parte del sector de *building societies* (BS); sin embargo, éste fue escasamente usado hasta que en 1987 lo sustituyó el Ombudsman de las BS. Según esta ley, aprobada por el Parlamento en 1986, todo individuo tiene derecho a que se investigue su demanda contra una BS bajo el único esquema reconocido por esta ley (en la parte II, lista n° 12, sección 83): el del Ombudsman de las BS.

La Asociación de Building Societies creó el Ombudsman con fondos que recauda de sus socios; el Consejo, conformado por ocho miembros —la mayoría de los cuales representa al público o a los intereses de los consumidores—, tiene la obligación de nombrarlo y supervisar su labor. El monto sobre el cual puede conocer el Ombudsman es de 100.000 libras. Solamente puede conocer ciertos casos relacionados con acciones dentro del Reino Unido y que tengan que ver con BS miembros de ese esquema; su jurisdicción también está limitada a ciertos servicios como la operación de cuentas de acciones, de depósito, préstamos sin seguros, préstamos para casas rodantes, servicios de transferencia de dinero, facilidades de cambio de divisas, pagos y recibos en agencias y la provisión de crédito. La demanda debe alegar la pérdida pecuniaria, costos o inconvenientes, así como el argumento jurídico de la falta de cumplimiento en las obligaciones, según el reglamento o el contrato, o el trato injusto o la mala administración. Sin embargo, aun cuando estas condiciones se cumplan, el Ombudsman no puede continuar su investigación si la demanda no ha sido hecha por la parte agraviada o por su representante autorizado, o si el caso compete a una corte o está siendo investigado ya por ésta, o si el procedimiento interno de una sociedad no ha sido agotado.

La sociedad puede sin embargo apelar a la Corte Suprema o refutar la decisión del Ombudsman, pero en tal caso debe publicar las razones en el informe anual. A pesar de que no existen sanciones específicas para estos casos, esta actitud conduce a que la Comisión de las BS tome alguna acción al respecto, puesto que la membresía es obligatoria. El afectado también tiene la facultad de iniciar acciones legales independientemente de que la sociedad acepte o no la decisión del Ombudsman.

El Ombudsman se ha quejado de que su labor se desvía porque ocupa demasiado tiempo en decidir qué casos entran en su jurisdicción, mientras el criterio del Consejo Nacional de Consumidores es apoyar para que se le otorgue el poder de tomar tales decisiones. Las decisiones del Ombudsman deben basarse en todas las circunstancias que aparentan ser justas, como son las reglas de la sociedad, las cláusulas del contrato, las disposiciones del Código de Práctica y el contenido de cualquier comunicación o publicidad hecha por la sociedad.

En la práctica, si la queja se refiere al contrato, el Ombudsman está en la obligación de reforzarlo, a menos que éste no sea justo para ambas partes. Sin embargo, lo que significa equitativo y justo no está claro.⁴⁰ Él debe considerar los términos de la Ley Contractual de 1977 y las decisiones de la Corte al respecto, y acepte o rechace la demanda deberá compensar los inconvenientes en nombre de dicha justicia. Sin embargo, no le está permitido introducir criterios de equidad que no estén presentes en la ley o en la práctica ni decidir, como lo hace el Ombudsman de los Seguros, respecto a la conveniencia o no de una norma legal. Además, en relación con los comentarios de lo que considera equitativo y justo, la sociedad no está completamente de acuerdo, puesto que compromete sus decisiones comerciales en cuando a los índices de interés que establece. La recomendación que la Asociación de BS hace al Ombudsman en su informe es que limite el uso de dichos términos.

En un reciente balance de actividades del Ombudsman, el Consejo Nacional del Consumidor (*The National Consumer Council*) argumenta: “Desde la perspectiva del consumidor, los Ombudsman tienen una doble función [...] resolver las disputas individuales [...] y elevar los estándares industriales”, a lo que diez años antes también añadía que los Ombudsman en el sector de los servicios financieros no sólo mejorarían la confianza del público en la industria, sino que también la proveerían de importante información acerca de las actitudes de los consumidores.⁴¹ Indudablemente, todos estos esquemas han favorecido al consumidor brindándole una alternativa informal y menos costosa que la vía judicial, además de ser en algunos casos más flexible que la rígida aplicación de la ley o sus precedentes, lo cual ha servido de guía para promover futuras aplicaciones y enmiendas que lo favorezcan. Pero este esquema no ha favorecido únicamente al consumidor, sino también al sector comercial, que a pesar de la crítica desfavorable ha tenido que reconocer el efecto positivo, en primer lugar, del principio de guardar la reserva y no difundir los nombres de las compañías involucradas en las demandas, lo cual ha evitado el daño de la publicidad, de la acción y costos judiciales y de la intervención de las organizaciones de consumidores; en segundo lugar, los resultados positivos de mejorar los mecanismos internos de quejas son un indicador para mejorar las relaciones públicas, optimizar el servicio y obtener mejores oportunidades comerciales.

A pesar de estos resultados, la estructura del esquema ha sido criticada⁴² por cuanto contradice el principio de independencia que caracteriza a la

40 Building Societies Ombudsman: *Annual report 1992-93*, Londres, Building Societies Ombudsman, 1993. En el informe anual el Ombudsman se refiere a la “justicia del hombre de la calle” (“*the fair-minded man in the street*”) como una guía para lo que él define como justo.

41 National Consumer Council: *Ombudsman services. Consumers' views of the Office of the Building Societies Ombudsmen and the Insurance Ombudsman Bureau*, Londres, National Consumer Council, 1993, pp. 71-2. “From the consumer perspective the ombudsmen have a twin role [...] resolving individual disputes [...] and raising industry standards”.

42 B. Elli: “Ombudsman: Whose interests do they represent?”, *Solicitors Journal*, Londres, 1992, p. 926.

figura del Ombudsman. El mismo Consejo Nacional de Consumidores ha recibido quejas respecto de que los Ombudsman de estos sectores comerciales dependen del criterio de sus respectivas áreas.

Desde el punto de vista de las Cortes, este esquema, única alternativa que se le ofrece al consumidor, no es el mejor. Lo demuestran la demora, los costos, la falta de información e inclusive el hecho de que muchos sientan la necesidad de requerir una ayuda legal, según los resultados de las encuestas del Consejo Nacional de Consumidores.⁴³ Pero los mayores problemas que presenta el esquema radica en la estructura misma del sistema; muchos de los casos que se presentan son rechazados aludiendo a que no están dentro de la jurisdicción del Ombudsman, y esto se debe a que, tanto para los bancos como para las compañías de seguros, la participación en este esquema es una cuestión de voluntad. A esto también se suma el hecho de que el sistema no es difundido por el sector comercial y los consumidores lo desconocen, a pesar de la aceptación que ha alcanzado el Ombudsman en otras áreas. Para hacerlo más popular hace falta publicar los beneficios que este esquema proporciona, con los resultados de las investigaciones realizadas, de tal forma que el consumidor conozca cuáles compañías son las que brindan mejores servicios.

Finalmente, el control de que estos principios de práctica correcta, equitativa y justa sean llevados a la práctica por los Ombudsman representa el mayor problema para la Suprema Corte, que recientemente enunció que no tenía jurisdicción para supervisar las decisiones de la Oficina del Ombudsman de los Seguros.⁴⁴ Igual criterio emitió con respecto al Ombudsman de los Bancos, dejando a salvo el de las BS por el carácter obligatorio que tiene su membresía. Sin embargo, la reciente creación de la Asociación de Ombudsman del Reino Unido ha sido vista como una posible solución al problema de la supervisión de estas organizaciones.

En definitiva, los esquemas del Ombudsman en el Reino Unido están fuertemente arraigados con sus orígenes, aunque limitados, por una parte, por las propias estructuras legales y, por otra, por los intereses de los sectores comerciales por los cuales fueron creados. Las innovaciones que se han hecho responden sin embargo a las presiones a las cuales se han visto sometidos, tanto de la competencia en la oferta de los servicios, como de los sectores particulares de defensa de los consumidores.

43 National Consumer Council: o. cit. El tiempo que demora el trámite desde que se inicia incluyendo los mecanismos internos de quejas hasta que el Ombudsman emite su criterio fue de 52 semanas para el caso de la Oficina del Ombudsman de los Seguros y de 91 semanas para el Ombudsman de las B. Sociedades. Para el caso del Ombudsman de los Bancos el tiempo fluctúa alrededor de nueve meses (Office of the Banking Ombudsman, 1992).

44 *The Times*, 7 de enero de 1994, caso *R v Insurance Ombudsman Bureau and Another*, Ex parte *Aegon Life Assurance Ltd.*

9. El Ombudsman de las Universidades en Irvine (California)

El Ombudsman de la Universidad de California, Irvine, reconoce su origen en la necesidad práctica de resolver los problemas que surgen en un complejo educacional de esta magnitud. Entre los diferentes grupos de personas que se interrelacionan diariamente, es inevitable que se presenten complicaciones, malentendidos y desavenencias que necesitan ser resueltos. Tomando como base el modelo del Ombudsman sueco y definiéndolo como “la persona que recibe quejas e investiga, que da a conocer sus resultados y que consigue soluciones equitativas” —en resumen, un “aliado de las personas”—,⁴⁵ la Universidad ha creado varios sistemas de mediación e interacción, tanto para estudiantes como para profesores, directivos y personal administrativo.

El Ombudsman está a disposición de la comunidad universitaria y trabaja independientemente como un mediador objetivo y confidencial, con amplios poderes para investigar, con acceso a los archivos, al personal y a la administración de la Universidad, y con autoridad para formular preguntas, inclusive a las autoridades universitarias, tendientes a resolver la problemática. Sus funciones, descritas en el *Instructivo de la UCI* de 1996, son las siguientes:

El Ombudsman:

- 1) Explica las políticas y los procedimientos de la Universidad y cómo ellos pueden afectarte.
- 2) Escucha y dirige preguntas, quejas y preocupaciones.
- 3) Proporciona respuestas o te ayuda a encontrar a las personas apropiadas cuando la solución no está dentro de su jurisdicción.
- 4) Abre caminos de comunicación.
- 5) Resuelve los conflictos.
- 6) Actúa de mediador de tal forma que las partes lleguen a un compromiso razonable.

El Ombudsman está capacitado para tratar una gran variedad de asuntos; los más comunes son: conflictos, quejas y asesoramiento académico; procedimientos académicos y políticas deshonestas; procedimientos de calificaciones y evaluaciones; apelaciones y reclamos; cambios y restituciones de materias y *pensum* de estudios; problemas con la matrícula y los registros; problemas de conducta y materias reprobadas; registro estudiantil y transcripciones; costos de matrícula, pago de impuestos, tasas, derechos, multas y

45 University of California, Irvine: *University Ombudsman* (UCI-Ombudsman), diciembre de 1994.

devoluciones; problemas de discriminación y acoso sexual; problemas de alojamiento y servicio de comida; e inclusive problemas de índole personal.

La Universidad ofrece varias otras alternativas de solución, asistencia y consejos para todos estos conflictos. Un ejemplo es el Servicio de Mediación, para lo cual las partes voluntariamente deben someterse y aceptar la intervención del mediador, que por lo general es un estudiante o empleado de la Universidad, voluntario, que ha recibido entrenamiento especial del Programa de Mediación y Conciliación Federal. Es necesario precisar que éste no es un proceso que decide sobre la culpabilidad o inocencia de las partes; la función del mediador es asegurar que ambas sean escuchadas y lleguen a un acuerdo que sea la mejor alternativa para las dos. El mediador no impone su criterio, puesto que el control reside en las mismas partes involucradas; se remite únicamente a facilitar la comunicación entre los litigantes siguiendo un procedimiento establecido. Una vez que las partes se hayan puesto de acuerdo en aceptar la mediación, ésta tiene lugar en un sitio neutral. Generalmente se establecen dos sesiones de por lo menos una hora y, si se llega a un acuerdo, las partes se comprometen por escrito a aceptarlo y cumplirlo en el término de un mes.

Este sistema informal de solución de conflictos tiene lógicamente varios beneficios, pero sobre todo promueve la solución creativa de los problemas, conserva el contacto y la relación personal en buenos términos, las partes mantienen el control del resultado y todo el procedimiento no tiene ningún costo. Esta alternativa y otras se deben consultar en primer lugar; para ello están el consejero académico, el director del departamento o de la unidad involucrada y su asistente. Si el asunto involucra a las oficinas administrativas, están el consejero, la ayuda financiera, la policía estudiantil, etc. Es cuando todas estas fallan que se debe recurrir al Ombudsman, quien no solo está capacitado para atender aquellos problemas que se han convertido ya en disputas formales, demandas laborales o problemas de disciplina sometidos a audiencia o arbitraje.

10. El Defensor del Menor en la comunidad de Madrid

En las 17 comunidades autónomas españolas existen ocho órganos autónomos que, en coordinación con la institución del Defensor del Pueblo español, ejercen funciones similares.⁴⁶ En 1998,⁴⁷ el Defensor del Pueblo recibió 24.120 quejas; éstas fueron clasificadas en 32 tipos, de los cuales 23 eran nuevos. Hasta

46 Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas. BOE n° 271, de 12 de noviembre de 1985.

47 Informe a las Cortes Generales 1998, <www.defensordelpueblo.es/informe>.

fin de año sólo pudieron ser tratados apenas cinco de ellos. Esta forma de clasificar las quejas ha permitido al Defensor hacer en sus informes un tratamiento monográfico de determinados temas que no sólo lo han conducido a tomar resoluciones internas de carácter organizativo,⁴⁸ sino a profundizar e investigar en determinadas áreas de conflicto legal.⁴⁹ El tratamiento de las quejas, además de proporcionarle una visión de conjunto de la labor realizada, le ha permitido con fundado conocimiento formular recomendaciones y sugerencias específicas a los organismos pertinentes de las nuevas demandas que se plantean en la sociedad. En lo que toca a la situación de la infancia desde la perspectiva de la Defensoría del Pueblo, según lo establecido en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señala que el texto legal hace eco de las demandas formuladas entre otros por la Defensoría del Pueblo, y en el artículo 10, bajo el subtítulo “Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos”, se indica que uno de los adjuntos del Defensor del Pueblo se hará cargo, de modo permanente, de los asuntos relacionados con los menores.

Con el mismo objetivo, en el proceso de desarrollo político de las instituciones propias de la comunidad de Madrid⁵⁰ —sin afán de obstruir la gestión de la Defensoría del Pueblo y aunque existen otros sistemas procedimentales que procuran garantizar los derechos de los niños, tanto en el ámbito de la comunidad como nacional e internacional— la Asamblea de Madrid nombró un defensor especializado con el objeto de atender la problemática específica de los menores, partiendo del modelo político-jurídico del Defensor del Pueblo y respondiendo a la preocupación social de “dar una mayor seguridad jurídica al desarrollo de los intereses y participación social de los menores de edad”.

Como antecedentes en el ámbito internacional podemos citar al Ombudsman de los Niños de Suecia, el Mediador de la Infancia de Noruega, el Abogado de Menores de Dinamarca y otros similares en Austria, Israel, Costa Rica, Canadá, etc., y, en el ámbito nacional, al adjunto del Síndic de Greuges de Cataluña.

El Defensor del Menor en la comunidad de Madrid se crea por ley 5/1996, de 8 de julio de 1996, como alto comisionado de la Asamblea de Ma-

48 Se decidió que las quejas relacionadas con la situación de la infancia fueran coordinadas por la Adjuntía Primera del Defensor del Pueblo y el Área del Menor.

49 En el Informe Anual de 1996, en los temas relacionados con los menores, se destacan por ejemplo: los derechos y libertades de los extranjeros menores de edad, de las seguridades en materia de adopciones internacionales, de los menores discapacitados en centros residenciales y de la posibilidad de adopción o acogimiento, de la necesidad urgente de elaboración de un marco legal adecuado para la intervención pública en materia de menores infractores —enjuiciamiento, medidas sancionadoras y reformadoras, cooperación internacional en la prevención y represión de la explotación sexual de menores, medios de comunicación, seguridad social, sanidad, violencia, etc.

50 Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas comunidades autónomas (BOE n° 271, de 12 de noviembre de 1985).

drid designado para salvaguardar y promover los derechos de las personas menores de edad de la comunidad. Es electo por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea por un período de cinco años.

Sus competencias son: resolver las quejas que reciba, tanto de menores como de mayores de edad, sobre situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; verificar el respeto, orientar y supervisar la acción de las administraciones públicas de la comunidad de Madrid y de las entidades privadas que les presten servicios; proponer reformas jurídicas; divulgar y fomentar los derechos de la infancia y de la adolescencia; y desarrollar acciones que permitan conocer la situación de los menores y el conocimiento y respeto de sus derechos por parte de los mayores y de la comunidad.

Sus actuaciones se limitan a los casos individuales cuya solución esté encomendada a los órganos jurisdiccionales, o a casos que requieran medidas de protección reguladas en la legislación civil, para lo cual son competentes las administraciones públicas. Cuando las quejas se refieran al funcionamiento de la administración central del Estado, deberá dar cuenta al Defensor del Pueblo, y cuando éstas se refieran a la administración de justicia, deberá dar cuenta al Ministerio Fiscal, el que dará traslado al Consejo General del Poder Judicial. Cuando tenga conocimiento de hechos presuntamente delictivos, los denunciará al Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien también le permitirá relacionarse con la Fiscalía de Menores con el fin de coordinar la defensa de los derechos de éstos.

Especial importancia tienen las acciones tendientes a prevenir, orientar y difundir los derechos de los menores. Para ello la institución está en capacidad de llegar a acuerdos de cooperación científica y convenios de colaboración con universidades, centros de investigación u otros organismos afines. La ley encomienda de manera especial la difusión de la Convención de Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas, y la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la comunidad de Madrid.

Capítulo IV

Organizaciones internacionales

1. The International Bar Association Ombudsman Forum (IBA)

La sección de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de los Estados Unidos (*American Bar Association*, ABA) creó el Comité del Ombudsman en 1967. En 1971, luego de un largo período en el cual el Colegio decide apoyar la idea del Ombudsman y recomendar su establecimiento en los ámbitos local y estatal, además del federal, resuelve presentar la opinión oficial de la ABA para incentivar la creación de oficinas de Ombudsman.

En 1972, en la reunión de Bruselas, el Consejo del Colegio Internacional de Abogados (*International Bar Association*, IBA) aprueba la creación del Comité del Ombudsman puesto que carecía de esta institución. Las tareas que asume dicho Comité son las de crear un equipo de consejeros académicos, una liga de miembros activos del Colegio y del Comité, y un grupo de consejeros que no sean miembros de la Asociación. Hasta que se crea el Instituto Internacional del Ombudsman, este Comité se encarga de editar una publicación periódica que promueve el ideal del Ombudsman y resume el desarrollo histórico de la institución.

En 1980 el Comité del Ombudsman, con la ayuda del Instituto Internacional del Ombudsman, publica el primer informe anual sobre el desarrollo del Ombudsman en el mundo. En el mismo año, en la Conferencia del IBA en Berlín,¹ el representante del Canadá propone que el Comité del Ombudsman sea considerado como una sección del IBA, con vistas a mejorar su nivel y obtener fondos para la actividad promocional del Ombudsman. Esta propuesta fue precedida por una reforma a la resolución de 1974 de incluir a los Ombudsman de los gobiernos locales a fin de aceptar a la figura de la Procuraduría Soviética, aunque ésta no cumplía los requisitos del Ombudsman que el IBA promovía. El objetivo central de esta reforma era de que todas las oficinas de Ombudsman del mundo participaran de los proyectos del IBA.

En mayo de 1981, en su reunión en Lisboa, el Consejo del IBA reconoció la necesidad de dar a la Sección del Ombudsman un tratamiento especial.

1 International Bar Association Conference, Berlín, 1980: El Comité del Ombudsman estuvo representado por setenta y cuatro miembros; veintinueve del Canadá, veinte de los Estados Unidos, dieciséis de países con instituciones similares y nueve de países que carecían de dicha institución.

Decidió cambiar el nombre por el de *IBA Ombudsman Forum*, manteniendo su objetivo primordial que es promover la institución del clásico Ombudsman. Además, tomó la resolución de mantener contacto con todas las oficinas de Ombudsman del mundo, con el Instituto Internacional del Ombudsman, asociarse con los organismos jurídicos internacionales, el Hábeas Corpus Mundial y la Red Internet de Derechos Humanos.

2. International Ombudsman Steering Committee

El Comité Directivo Internacional del Ombudsman se creó en 1976, como resultado de la Primera Conferencia Internacional de Ombudsman, celebrada en Alberta (Canadá) en septiembre de ese año. Su función primordial fue la de organizar los términos para la Segunda Conferencia, que se debía realizar luego de tres o cuatro años. Finalmente se acordó que ésta se llevara a cabo en Jerusalén en 1980. El logro principal de esta Conferencia fue la creación del Instituto Internacional del Ombudsman en Canadá. En su transcurso se acordó que este Comité debía ser reemplazado por un Comité Consultivo del Ombudsman de varias regiones para planificar la Tercera Conferencia Mundial del Ombudsman.

3. The International Ombudsman Institute

En 1969, el entonces director del Comité del Ombudsman de la IBA, el Dr. Bernard Frank, propuso la idea de crear por ley un centro universitario en la Conferencia Mundial en Bangkok sobre la Paz Mundial. En septiembre de 1975, en la Conferencia Anual de Ombudsman del Canadá, esta idea fue desarrollada con la cooperación del Dr. Randall Ivany, Ombudsman de Alberta. La Facultad de Leyes de la Universidad de Alberta hizo la propuesta formal al International Steering Committee en mayo de 1977. La propuesta fue aceptada y el Instituto fue fundado en 1978.

El Instituto Internacional del Ombudsman es una organización creada bajo las leyes de Canadá como una organización sin fines de lucro. Entre sus objetivos principales están el promover el concepto y fortalecer el desarrollo de la ideología del Ombudsman en el mundo; subvencionar la investigación; desarrollar diferentes programas educacionales relacionados con el espíritu del Ombudsman; recolectar, almacenar, intercambiar y distribuir información acerca de las instituciones del Ombudsman; y conceder becas y ayuda financiera tendiente a incentivar su desarrollo.

La Facultad de Leyes de la Universidad de Alberta provee al Instituto de los fondos administrativos y del espacio físico para su funcionamiento. Entre las actividades regulares del Instituto está la distribución de varias publicaciones periódicas, entre las cuales se cuentan *The International Ombudsman Journal* —que a partir del primer volumen de 1997 fue reemplazado por *The International Ombudsman Yearbook*—, *The Directory of Ombudsman Offices*, *The International Ombudsman Institute Newsletter*, *Court Cases of Interest to the Ombudsman Institution*, *The International Ombudsman Institute Occasional Paper Series*, y varias otras publicaciones para conferencias y seminarios mundiales organizados por el Comité de Proyectos Especiales sobre el tema. Además, el Centro de Investigaciones posee una base de datos extensa sobre las investigaciones, monografías, artículos, una colección sobre legislación, personeros y organigramas sobre los varios tipos de Ombudsman en el mundo e informes anuales referentes al tema. Toda esta información se publica en una bibliografía condensada.

El Comité Directivo del Instituto está conformado por miembros honorarios vitalicios, sin nombramiento oficial, conjuntamente con representantes de las siguientes regiones: África, Asia, Europa, Norteamérica, Australasia, Pacífico, y Caribe y América Latina.² Pueden ser miembros del Instituto los Ombudsman de todo tipo, las organizaciones que reciban quejas, instituciones, bibliotecas e incluso individuos que tengan interés en el tema.

4. The United States Association of Ombudsmen (USAO)

La Asociación de Ombudsman de los Estados Unidos fue creada en 1977 con el fin de intercambiar información entre los Ombudsman del país. Su primer antecedente fue la existencia de oficinas de tipo clásico “americano” en los Estados Unidos desde principios de la década de 1970; en 1975 se crea una Fundación del Ombudsman con el fin de llevar a cabo una conferencia nacional con la participación de varias clases de Ombudsman y funcionarios de oficinas de reclamos de todo nivel gubernamental. El segundo lo constituyen las iniciativas que surgieron de las varias conferencias académicas y regionales esporádicas

2 International Ombudsman Institute (IOI): website 1998, p. 2. “Board of Directors of the International Ombudsman Institute: Dr. Marten Oosting (The Netherlands), President; Dr. Jorge Luis Maiorano (Argentina), Vice-President; Dean Lewis Klar (Canadá), Treasurer; Mr. Daniel Jacoby (Canadá), Acting Executive Secretary. Regional Vice-Presidents: Africa, Chief Jackson I. Edokpa (Nigeria); Asia, Professor Bertram Bastiampillai (Sri Lanka); Australasian & Pacific, Sir Brian Elwood (New Zealand); Europe, Dr. Hans Gammeltoft-Hansen (Denmark); Latin America & Caribbean, Dr. Jorge Santistevan de Noriega (Perú); North America, Ms. Roberta Jamieson, O. C. (Canadá). Other Positions: Diane Callan (Canadá) Office Manager; Publications Editor; Mary Marshall (Canadá), Chair, Special Projects Committee”.

celebradas con la intervención de la ABA y el Instituto de Estudios Gubernamentales de la Universidad de Berkeley, California.

En septiembre de 1976, luego de la Primera Reunión Internacional de Ombudsman en Canadá, se toma la decisión de llevar a cabo una conferencia nacional de Ombudsman en agosto de 1977 en el condado de King, Seattle. Luego de esta conferencia se conforma oficialmente la Asociación de Ombudsman de los Estados Unidos (USOA) y se nombra la directiva. El 6 de octubre del mismo año se la inscribe en el estado de Alaska. Su reglamento fue revisado por la directiva en abril del siguiente año y finalmente aprobado el 1 de octubre de 1978. En la actualidad la directiva de la USOA se reúne varias veces al año con diversos fines y actividades que la organización lleva a cabo. También existen reuniones parciales por áreas, jurisdicciones, propósitos específicos o intereses comunes, como por ejemplo, charlas sobre innovaciones en la administración pública, nuevas técnicas de almacenamiento de datos, actualización en métodos de investigación y legislación.

Cada dos años se llevan a cabo las elecciones del Consejo Directivo de la USOA, luego de lo cual el Consejo nombran a sus directivos. Ningún director puede ser reelecto por más de dos períodos. A partir de 1979 se instituyó un doble cargo de vicepresidente para suceder en el orden a quien tuviera que abandonarlo.

La USOA es una organización sin fines de lucro³ y con objetivos que abarcan varios campos de acción. Su objetivo principal es, lógicamente, ayudar a los Ombudsman y a las organizaciones de Ombudsman de los Estados Unidos para promover el ideal y fortalecer el trabajo que ellos realizan en sus respectivas oficinas. Además está la tarea de promover la adopción del sistema en todos los estados de la nación y en todos los niveles. Concomitantemente, la organización también impulsa proyectos científicos, educativos y caritativos.

La primera tarea que la USOA se propuso fue trabajar en un modelo de legislación nacional usando como referentes las experiencias recogidas de los Ombudsman existentes. Se encarga de la organización y realización de la Conferencia Anual de Ombudsman, la cual es abierta a todo el público que tenga interés en promover la idea del Ombudsman. Los temas de la última conferencia incluyeron temas tales como técnicas de investigación, sucesos de actualidad y programas de voluntariado. Además, publica el periódico *Clarion*, concede un premio para el mejor trabajo en material educativo y promueve el intercambio de conocimientos y experiencias entre profesionales, funcionarios, líderes gubernamentales y Ombudsman. Ofrece los servi-

3 Reglamento de la USOA: La Organización está clasificada en el nivel "501(c)(3) tax status".

cios de entrenamiento y de consultoría y posee una biblioteca y un archivo con extensa información.

Todas estas actividades se basan en el concepto que la USOA tiene del Ombudsman. Sus miembros provienen de las oficinas de Ombudsman con jurisdicción general, que son aquellas que pueden recibir quejas de los actos administrativos de agencias locales o gubernamentales, y de las oficinas de Ombudsman especiales, que son las que reciben quejas de agencias constituidas con un objetivo específico. A pesar de que las conferencias son abiertas, la categoría de los votantes se restringe únicamente a los miembros de la USOA —remunerados o no—, Ombudsman o funcionarios públicos que ejerzan las funciones de tal; además, el número de votantes es de uno por jurisdicción. La segunda restricción se refiere a los criterios descritos en el artículo VI del reglamento, que irónicamente sigue siendo el punto clave de discusión en las conferencias anuales. Esta disposición exige que el miembro votante sea:

- 1) un funcionario gubernamental con un nombramiento creado acorde con la constitución, las leyes, ordenanzas o por escritura pública;
- 2) un funcionario cuya independencia esté garantizada a través de a) los términos de su función y/o b) el nombramiento por el Ejecutivo y/o por la costumbre;
- 3) un funcionario de alto nivel;
- 4) un funcionario con la responsabilidad de recibir e investigar quejas contra las agencias gubernamentales;
- 5) un funcionario con la libertad de investigar por cuenta propia;
- 6) un funcionario que ejerza todo el poder investigativo, incluido el acceso a toda la información necesaria, sea testimonial o documental;
- 7) un funcionario que tenga la habilidad para criticar a las agencias de gobierno y a los funcionarios y proponga las acciones correctivas necesarias;
- 8) un funcionario con el poder de hacer públicos los informes concernientes a los resultados de sus investigaciones y las recomendaciones;
- 9) un funcionario que esté restringido a realizar otras actividades personales, profesionales, ocupacionales, políticas o que creen conflictos de intereses; y
- 10) un funcionario con la libertad de contratar o despedir a sus asistentes y delegarles responsabilidades administrativas y de investigación.

Los requisitos son muy similares a los que describen la ABA y la IBA, que en resumen contemplan todos los criterios fundamentales de la experiencia recogida por la institución del Ombudsman con el concepto del modelo “americano” durante aproximadamente treinta años. Actualmente la asociación cuenta con aproximadamente 125 miembros que trabajan bajo el lema que propuso el Consejo Directivo en 1995: “Promocionar y fomentar la

honradez, la responsabilidad y la equidad en el gobierno a través del Ombudsman del Sector Público”.⁴

5. European Ombudsman Institute (EOI) - Europäisches Ombudsmann Institut

El Instituto Europeo del Ombudsman es una asociación independiente y sin fines de lucro, de utilidad pública, creada según derecho austriaco y con sede en Innsbruck, Tirol. Nació como la Academia Europea del Ombudsman, una sociedad de derecho civil con la iniciativa particular de darle mayor atención científica a la idea del Ombudsman luego de las jornadas de trabajo realizadas en octubre de 1982 sobre “El seguro de responsabilidad civil en el ámbito de las aseguradoras privadas: ¿Tribunal civil - Instituciones supervisoras - Ombudsman?”, organizadas por el Grupo de Trabajo de la Ciencia de Aseguradoras de la Universidad de Innsbruck. Los gestores de esta iniciativa fueron catedráticos de la Universidad, quienes trabajaron en colaboración con la institución del Ombudsman de Austria (*Volksanwaltschaft*).

Los fines primordiales del Instituto, reflejados en los Estatutos de la Unión, son:

- 1) el trato científico de las cuestiones sobre los derechos humanos, protección del ciudadano y sobre lo que toca los Defensores del Pueblo en los ámbitos locales, regionales, nacionales, europeos e internacionales;
- 2) la investigación sobre estos temas;
- 3) la divulgación y promoción de la idea de Defensores del Pueblo;
- 4) la colaboración con organizaciones nacionales e internacionales que tengan los mismos o semejantes propósitos;
- 5) el apoyo científico de organizaciones de Defensores del Pueblo nacionales e internacionales;
- 6) el favorecimiento del intercambio de experiencias a escala nacional, europea e internacional.⁵

En la actualidad, el Instituto Europeo del Ombudsman mantiene contacto con casi todos los Ombudsman de Europa Occidental y Oriental, además de Israel y del Ombudsman de la Unión Europea, así como el Comité de Peticiones, buena parte de los cuales son miembros formales de la institución. El número total de miembros es de ochenta y nueve. Cuarenta y nueve

4 Asociación de Ombudsman de los Estados Unidos (USOA): Membership Brochure, Board of Directors, diciembre de 1995: “Mission Statement: Promoting and supporting fairness, accountability, and equity in government through the public sector ombudsman”.

5 Estatutos del Instituto Europeo del Ombudsman (EOI), en la redacción de 3/6/1994.

son miembros institucionales que a su vez están divididos en varias categorías; dentro de la categoría de los miembros ordinarios están los Ombudsmen locales, nacionales, regionales y especiales; dentro de la categoría de miembros especiales están los miembros de otros países fuera de Europa y los miembros que aportan con subvenciones; el resto son miembros individuales, doce de los cuales son catedráticos universitarios.

La Junta Directiva del Instituto Europeo del Ombudsman está conformada por los miembros con derecho al voto. Consta de un Presidente, dos Vicepresidentes, Secretario, Tesorero y Suplente, nueve miembros adicionales y un Secretario Ejecutivo, además de los miembros con calidad de consejeros permanentes.

Para lograr sus objetivos la Asociación se ha preocupado por editar y promocionar publicaciones, organizar y participar en encuentros científicos, emitir dictámenes respecto a temas controversiales, colaborar con instituciones afines y construir un archivo científico de referencia sobre el tema que sirva de base para mejorar y perfeccionar la protección legal del principio del Ombudsman. Para el cabal cumplimiento de estos fines, opera cuidando que su trabajo respete ciertos principios básicos, como son, por ejemplo, el guardar siempre la línea del internacionalismo; la autodeterminación, es decir, decidir libremente sobre los puntos esenciales de su actuación y la forma de llevarlos a cabo; el objetivismo, es decir, que en las actuaciones del Instituto domine en general la utilidad pública; y el método científico, es decir, que la emisión de dictámenes, la formación de criterios y la argumentación racional serán sus herramientas de trabajo.

Es de especial interés destacar, en primer lugar, que en su trabajo, a través del debate permanente, ha colaborado sin duda objetivamente con el desarrollo de un perfil tipo del Ombudsman que tenga una validez definitiva en la creación de normas, en la orientación de los Ombudsmen y en las personas e instituciones portadoras de decisiones políticas, que son en última instancia aquellas de quienes depende el fundamento legal y político del Ombudsman. En segundo lugar, la atención que ha prestado a la problemática del equilibrio entre el Estado —sobre todo el Poder Ejecutivo— y el ciudadano, así como también a los problemas que surgen de las relaciones entre las grandes unidades económicas y los consumidores. Esto lo ha convertido en un verdadero podio internacional de intercambio de experiencias entre los Ombudsmen.

6. Centre for Ombudsman Studies

El Centro de Estudios para el Ombudsman se creó en 1989 con el apoyo financiero del fondo de subvenciones para la investigación de la Universidad de Reading, Inglaterra. El Centro se interesa por el estudio de temas relacionados con el Ombudsman o con figuras afines, tanto en el sector público como en el privado, dentro del Reino Unido y alrededor del mundo. En la actualidad, su programa de investigaciones se ha centrado en el trabajo del Parlamento inglés, de la Comisión parlamentaria de Salud y de la Unión del Ombudsman Europeo, además de la formación de un grupo de trabajo internacional sobre el concepto del Ombudsman con el auspicio del Instituto de Ciencias Administrativas de Bruselas.

Los trabajos de investigación y de cooperación internacional que ha realizado el Instituto han sido objeto de reconocimiento y premiación; merecen destacarse, por ejemplo, los acuerdos de asistencia técnica y de colaboración bibliográfica para el establecimiento de las oficinas del Ombudsman en Hungría (1995), en Argentina (1997), en Chile (1997), en Rumania (1997) y en Croacia (1997). Las publicaciones y artículos de los miembros del Centro son numerosas; aparecen en ediciones especiales y en revistas periódicas como *Public Administration*, *Public Law*, *International Review of Administrative Sciences*, *The International Ombudsman Journal*, *Parliamentary Affairs*, *European Review of Public Law*, *Modern Law Review* y *Law Quarterly Review*.

La participación activa de sus miembros en seminarios y conferencias a nivel mundial es reconocida; algunos de los varios temas tratados son el resultado de seminarios, mesas redondas y reuniones de trabajo que se enfocan en la práctica, el futuro de la institución, la aplicación y relación y el desarrollo dentro de las áreas socioeconómicas, políticas y administrativas, con temas como "The concept of Ombudsman" (conferencia dictada en 1994 en el Instituto Internacional del Ombudsman en Taiwán), "Parliamentary Ombudsman" (documento presentado en la reunión de trabajo organizada en 1994 en Berlín por el Wissenschaftszentrum für Sozialforschung y la Inter-Parliamentary Union), "The Ombudsman around the World" (presentado en la VI Conferencia Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman), "Law, Justice and Good Administration" (presentado en la Conferencia Anual de 1995 de la Asociación de Estudios Políticos de la Universidad de York); "Role of the Ombudsman" (como parte del curso sobre prevención al fraude y a la corrupción organizado por RIPA International en 1997), "Study Tour on the Ombudsman Institution" (organizado en colaboración con la Public Administration International en 1997 para los Ombudsman de Antigua, Barbados, Malawi, Islas Salomón, Tanzania, Samoa, Sudáfrica, Fiji, Hungría, Mauricio, Papua, Nueva Guinea, Vanuatu, Malasia y Brunei), "Financial Services Authority (FSA)" (propuesta presentada en 1998 para unificar las Aso-

ciaciones de Ombudsman de los Consumidores) y otros trabajos de consultoría permanente, como Prisons Ombudsman Scheme, Code of Good Administrative Practice, Ombudsman Systems in India, Malawi Constitution, así como a la Australasian Political Studies Association, la Organización Mundial de Derechos Humanos y varias universidades e instituciones gubernamentales.

El fondo bibliográfico y de documentación de consulta e investigación del Centro se inició en 1990; contiene una colección completa de los Informes de las Comisiones Parlamentarias, así como de otros documentos del sector público y privado y varios informes de los Ombudsman de diferentes países del mundo.

7. Association of Canadian College and University Ombudsmen (ACCUO-AOUCC)

La Asociación de Universidades del Canadá es una agrupación conformada por los Ombudsman de las instituciones de enseñanza postsecundaria, universidades y escuelas politécnicas del Canadá. Actualmente cuenta con más de treinta miembros, quienes ejercen las funciones de Ombudsman en sus respectivos campus universitarios. Los principales objetivos de la Asociación están descritos en el artículo 2 de sus Estatutos⁶ y son los siguientes:

- 1) Proveer asistencia y desarrollo profesional a sus miembros.
- 2) Promover la ideología del Ombudsman en las universidades y establecimientos de educación postsecundaria del Canadá y fomentar el conocimiento de sus funciones.
- 3) Actuar como una fuente central de información para las actuales y potenciales oficinas del Ombudsman.
- 4) Auspiciar la investigación de temas de interés que conciernen a los establecimientos de educación postsecundaria, universidades y Ombudsman.
- 5) Representar el interés profesional del Ombudsman de los establecimientos de educación postsecundaria y de las universidades.

El órgano directivo es el Comité Ejecutivo, compuesto por el Presidente, Secretario, Tesorero y dos miembros más que son electos por el Comité General Anual por el período del 1 de julio al 30 de junio del año siguiente. Los directivos pueden ser reelectos en el mismo cargo pero no por más de tres términos consecutivos.

6 Association of Canadian College and University Ombudsperson (ACCUO/AOUCC): Constitution of the Association of Canadian College and University Ombudsperson passed at the Annual General Meeting 10 June 1990, Québec, amended 17 May 1996, St. Lois, Missouri.

Más importante que los términos de referencia formales de la Asociación son los principios éticos que rigen su funcionamiento y el de sus miembros. El Ombudsman es una persona que recibe e investiga de forma objetiva, independiente, confidencial y sobre todo con justicia las quejas que le formulan. La objetividad incluye un tratamiento imparcial de todas las perspectivas disponibles y no de una en particular. El Ombudsman trata de actuar lo más independientemente posible de la estructura administrativa de la institución y/o de las asociaciones estudiantiles, evitando los conflictos de interés y de control externo, y aun la más mínima apariencia de verse comprometido. Pretende dar solución inmediata y oportuna a los problemas; evita el contacto con grupos constituidos para no desfigurar su imagen al verse comprometido con individuo o asociación alguno. Todos los asuntos de los cuales conoce son tratados con absoluta reserva; ninguna decisión respecto a una reclamo se toma sin el consentimiento del quejoso. La información que le es proporcionada se guarda en secreto y con toda seguridad, ya que la mayoría de los Ombudsman poseen además la capacidad de acceder e investigar los archivos personales. Sólo con la autorización verbal o escrita del quejoso el Ombudsman puede darla a conocer. Inclusive si un reclamo puede acarrear posibles problemas o conflictos para el quejoso, el Ombudsman trata de encontrar la manera de dirigirlo de tal forma que no comprometa la identidad de éste; sin embargo, si la información es la confesión de un acto delictivo, un crimen, un atentado a las leyes estatales o federales, únicamente la discreción del Ombudsman es la que cuenta para resolver si esta información debe darse a conocer y cómo.

La actitud del Ombudsman está guiada por un sentido de compromiso con la justicia, y la justicia requiere que los intereses individuales sean cuidadosamente balanceados con el bienestar de la mayoría de la comunidad académica. El compromiso con la justicia del Ombudsman incluye comprender el poder, identificar el uso debido o no de éste y de la autoridad, y el reconocimiento de la necesidad de acceso al poder de los miembros de la institución. La conducta del Ombudsman debe mantener siempre una actitud neutral; mientras que las partes son las responsables de escoger una solución en particular, él debe considerar guiarlas a través de una opción, la más justa conforme con la política de la institución y subrayando lo mejor para sus intereses. El Ombudsman debe siempre recordar que está obligado a proteger el derecho a la privacidad de las partes, incluido el de la parte ofendida; por lo general no toma parte en los conflictos donde haya un tercero comprometido. Tiene la responsabilidad de mantener y mejorar cada vez más su habilidad profesional y, finalmente, promover y dar a conocer públicamente los resultados de sus investigaciones y recomendaciones sobre casos individuales, pero también sobre procedimientos y políticas dentro de los establecimientos; a pesar de no tener poder ejecutivo, éstas se publican en un informe anual o en los medios de difusión universitarios.

Como resultado del cuestionario enviado en primavera de 1996 a los miembros de la ACCUO, se llegó a establecer ciertas características importantes que conciernen a la Asociación y que mantienen vivo el ideal descrito en sus objetivos. Aproximadamente un tercio de sus miembros sirven a las facultades, su personal y los estudiantes, mientras los dos tercios restantes únicamente sirven a los estudiantes. La iniciativa de crear las oficinas del Ombudsman por lo general nace de la propia universidad; otras veces, de la iniciativa de la universidad y de las asociaciones de estudiantes; en menor número de casos, el Ombudsman ejerce otro cargo en la institución.

Aproximadamente la mitad están compuestos por un Comité de vasta representatividad institucional. Un 85% se rige por sus propios estatutos, en los cuales se subraya la independencia, imparcialidad, objetividad y reserva que debe mantenerse en su trabajo, así como el derecho de acceso a la información cuando lo requiera la investigación que esté llevando a cabo. En los estatutos también se especifica que las recomendaciones que hace el Ombudsman no son vinculantes y que los resultados son únicamente de utilidad para su gestión. El mismo porcentaje de miembros elabora un informe anual que por lo general se publica en la revista de la universidad. Entre los temas que son objeto de constantes quejas, los más frecuentes son problemas de enseñanza o de dirección de curso, solicitudes académicas, solicitudes de grado o de extensión de plazos, conflictos de egreso o de supervisión de grados, copia y plagios, derecho de admisión, ayuda financiera, discriminación, acoso sexual, elecciones estudiantiles, etc. Finalmente, es necesario destacar que la Asociación y sus miembros individualmente mantienen un vínculo estrecho de colaboración y asesoría con el Ombudsman del Gobierno de Canadá, cuya estructura responde al modelo del Ombudsman clásico.

8. British and Irish Ombudsman Association

La Asociación de Ombudsman Ingleses e Irlandeses agrupa a tres categorías de miembros: aquellos con derecho a voto, los miembros ordinarios y los asociados. Los primeros son Ombudsman que satisfacen el criterio de la Asociación y son así reconocidos aunque no lleven el nombre que los describa como tales. Miembros ordinarios pueden ser quienes hayan sido o sean empleados de un miembro con derecho a voto, y los miembros asociados son aquellos individuos u organizaciones que tengan interés en fomentar los objetivos de la Asociación. La solicitud de membresía debe ser dirigida a la Secretaría. El Comité Ejecutivo, de acuerdo con el criterio de la Asociación, tomará en cuenta además el interés del solicitante, la relativa experiencia en el tema, la posición de trabajo que éste tenga, así como la recomendación del Comité de Convalidación o Legalización para emitir su recomendación al

Comité General Anual o a un Comité General Especial que decidirá su aceptación y la calidad de membresía que le corresponda. Cada miembro paga una suscripción anual acorde con su categoría y lo establecido por el Comité Ejecutivo.

Los objetivos de la Asociación descritos en sus Estatutos⁷ se resumen de la siguiente forma:

- a) Fomentar, difundir y proteger la actividad y el nombre del Ombudsman tanto en el sector público como en el privado.
- b) Definir, publicar y mantener abierto el criterio de reconocimiento de la Asociación de las oficinas de Ombudsman.
- c) Reconocer mediante acuerdo público a aquellas personas o establecimientos en el Reino Unido o en la República de Irlanda que satisfagan el criterio de la Asociación.
- d) Formular y promover superiores estándares de conducta y óptimas líneas de comportamiento que debe observar el Ombudsman en el desempeño de sus funciones.
- e) Organizar conferencias, seminarios, llevar a cabo reuniones, publicar información y comprometerse con todas aquellas otras actividades tendientes a mejorar la opinión y el reconocimiento público del esquema del Ombudsman para mejorar su eficiencia y efectividad.

El criterio de selección de la Asociación también está claramente definido. El objetivo primordial del Ombudsman es investigar, hacer recomendaciones y resolver con respecto a las quejas que recibe y para las cuales está capacitado y tiene el poder de hacerlo de acuerdo con un criterio específico. Debido a la vasta gama de tipos de Ombudsman⁸ existentes tanto en el sector público como en el privado y la variedad de jurisdicción, capacidad y poderes que les confieren sus esquemas jurídicos, este criterio debe ser lo suficientemente flexible y amplio como para abarcar esta variedad; el mismo término *Ombudsman* es una clave que descifra el criterio de independencia respecto a aquellos a quienes tiene el poder de investigar, de honradez, de eficacia y de responsabilidad pública. La independencia, por ejemplo, se puede alcanzar de varias formas; en el sector privado, donde puede haber escepticismo de reconocer su in-

7 British and Irish Ombudsman Association: Rules and Criteria: 2. Objects (approved at Annual General Meeting on 14 May 1997).

8 British and Irish Ombudsman Association: Rules Directory of Ombudsmen, website update April 1998, p. 2. Existen 23 tipos reconocidos de esquemas de Ombudsman. La mayoría están regulados por Estatutos, otros han sido concebidos independientemente bajo la iniciativa de sector de servicios. Cada esquema varía de acuerdo con el tipo de quejas que recibe, el poder y el procedimiento que sigue, pero todos los tipos tienen una jurisdicción claramente definida de la cual excluyen los casos que no les competen, como por ejemplo, aquellos que tratan sobre asuntos laborales y que conciernen a cortes y tribunales. La mayoría también se constituye de un Ombudsman individual, pero en otros son cuerpos colegiados los que toman las decisiones. La diferencia de cada tipo incluye una amplia descripción de sus actividades; para tener una idea más clara es necesario remitirnos al capítulo III, que se ocupa de los Ombudsman sectoriales, y al capítulo II, que trata sobre el Ombudsman en Inglaterra.

dependencia de entre quienes lo eligen, se resuelve ya sea constituyendo a sus miembros como la minoría de los votantes, o prohibiéndoles el derecho al veto o la remoción del Ombudsman; criterios éstos que se van delimitando con el tiempo según los esquemas generales que se establecen con la participación de las firmas involucradas y que se ponen a consideración del Comité Ejecutivo y del Comité de Convalidación para su aprobación. Por otra parte, por lo general un Ombudsman considera una queja únicamente cuando el organismo profesional o de negocios o cualquier otro cuerpo colegiado tuvo ya la oportunidad de tratar el asunto.

La mayor parte de las organizaciones tiene su propio sistema de quejas y muchas de ellas se solucionan dentro de este ámbito, por lo cual el Ombudsman es considerado como el último recurso. Sin embargo, en la mayoría de los esquemas, el Ombudsman no puede simplemente actuar porque el quejoso no está de acuerdo con el resultado; la labor del Ombudsman comprende considerar si un asunto ha sido mal o indebidamente tratado —por ejemplo, que haya habido un retraso irrazonable, negligencia, falta de decisión, ineficiencia, discriminación, falta de cortesía, inconsistencia, errores legales o de procedimiento o falta de información o de consejo apropiados—. Los esquemas de Ombudsman no tienen un límite de tiempo prefijado para atender las quejas, pero sí debe existir un período razonable. En la mayoría de casos, el Ombudsman pretende en primer lugar llegar a una solución de acuerdo entre las partes, actuando como mediador. Las retribuciones que el Ombudsman espera que los quejosos reciban, además de publicar su decisión, incluyen desde una disculpa apropiada hasta brindar el servicio deseado y la compensación por las pérdidas económicas que pueden haber ocasionado. Estos criterios deben además corresponderse con los *criterios específicos* de la Asociación, que son básicamente cinco: independencia, accesibilidad, poderes y procedimientos, implementación de decisiones e informes anuales.

La independencia se refiere a varios ámbitos. Además de ser una persona independiente de los sujetos a quienes tiene que investigar, la forma de elección, el poder y la jurisdicción del Ombudsman deben ser materias de conocimiento público. Su designación debe ser por un tiempo específico o vitalicia; en principio, por un período renovable o con un límite de edad de 65 años. El motivo de su remoción, que no depende de quienes lo nombraron, sólo puede ser la incapacidad o un caso de falta de conducta grave. La oficina del Ombudsman debe ser adecuadamente equipada, ya sea por aquellos a quienes va a investigar o por medio de fondos públicos, de manera que las quejas puedan ser efectivamente investigadas y resueltas. La remuneración del Ombudsman no debe estar sujeta a suspensión o reducción por parte de aquellos a quienes va a investigar; esto no excluye a la minoría que lo nombró.

La accesibilidad se refiere sobre todo a la adecuada publicidad que permita conocer a quienes corresponda el derecho de queja que poseen. El acceso

debe ser directo, a menos que se especifique de otra manera en sus estatutos. El procedimiento de la queja debe ser específico, claro y comprensible para el uso y, concomitantemente, debe ser gratuito.

Los poderes y procedimientos son acordes con la justicia y se basan en el derecho natural. El Ombudsman está capacitado para investigar cualquier queja que esté dentro de su jurisdicción, sin requerir el consentimiento previo de quien va a ser motivo de investigación; esto no significa que el quejoso esté exento de la obligación de haber agotado los procedimientos internos de queja antes de que el Ombudsman inicie la investigación. Por lo general, a menos que la ley lo especifique de otra manera, el Ombudsman tiene derecho a requerir cualquier información, documentos u otros materiales que considere relevantes para la investigación que esté llevando a cabo; pero no está obligado sino autorizado a dar a conocer esta información, a menos que existan razones especiales que se lo prohíban por ley. Se requiere que las decisiones que tome estén de acuerdo con la justicia, los principios legales, la buena práctica, y que tenga en cuenta todas las circunstancias y la equívoca conducta de mala administración. En todos los casos se espera una notificación por escrito a las partes de las decisiones que tomó y las razones por las cuales decidió aceptar o no la investigación.

La implementación de decisiones significa que quienes son sujetos de investigación están obligados a seguir las decisiones o las recomendaciones que el Ombudsman les haga. Además, en los casos en los cuales no estén satisfechos y no cumplan con estas decisiones, el Ombudsman tiene el poder de publicar o requerir inclusive la publicación a expensas de los sujetos a investigación.

Finalmente, el Ombudsman puede dar a conocer públicamente el resultado de las investigaciones de forma anónima y tiene además la obligación de publicar un informe anual que incluye un resumen de todas sus actividades.

En la actualidad, la Asociación cuenta con 81 miembros ordinarios, entre los cuales se incluyen los representantes oficiales; comisionados parlamentarios locales de la administración, para la salud, etc. de Gales e Irlanda; autoridades de Ombudsman sectoriales como la banca, servicios y asistencia legales, seguros, etc.; tres miembros con la categoría de Asociaciones Corporativas tipo A (asociaciones de profesionales y de comercio, como la Asociación de Bancos Británicos) y 14 tipo B (organizaciones de consumidores y otras de recepción de quejas, como el Consejo Nacional de Consumidores y el Ombudsman de las Prisiones); 38 miembros individuales entre los cuales están las facultades de leyes, centros de estudio e investigación, en su mayoría catedráticos universitarios; y 22 miembros con derecho al voto, como el Ombudsman de los Pensionistas, de los Inversionistas, de la Radiocomunicación, etc.

9. Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos

La Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos es una agrupación con personalidad jurídica propia que se rige según sus propios Estatutos y las resoluciones que adopte la Asamblea General. La Federación comprende exclusivamente a los organismos respectivos: Ombudsman nacionales, estatales, provinciales y regional-autonómicos de los países iberoamericanos que reúnan las características del Ombudsman y estén previstos en la Constitución de su Estado o hayan sido creados por ley específica aprobada por el órgano legislativo competente. Su sede es rotativa y se instala en el país de origen de quien sea designado Presidente del Comité Directivo, quien tendrá que establecer una oficina para la Federación por el tiempo que dure en su cargo.

La idea de crear la Federación surgió en mayo de 1994 en la ciudad de San José de Costa Rica, donde algunos Ombudsman iberoamericanos acordaron estudiar la creación de un modelo de colaboración interinstitucional. Sucesivas reuniones posteriores realizadas en Madrid y Guatemala concretaron esta aspiración en la Declaración de Antigua, mediante la cual se determinó crear una Federación que permitiera desarrollar más eficientemente las tareas propias de cada institución en la búsqueda común del pleno respeto y observancia de los derechos humanos.

Reunidos en la ciudad de Cartagena, Colombia, durante los días 4 y 5 de agosto de 1995, los titulares de los organismos públicos defensores de los derechos humanos de Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México y Puerto Rico aprobaron los Estatutos de la agrupación y nombraron el primer Comité Directivo conformado de la siguiente manera: "Licenciado Jorge Madrazo, Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, como Presidente de la Federación; doctor Jaime Córdova Triviño, Defensor del Pueblo de Colombia, y Doctor Rodrigo Alberto Carazo, Defensor de los Habitantes de la República de Costa Rica, ambos como Vicepresidentes".⁹

Los órganos de la Federación son la Asamblea General y el Comité Directivo. La Asamblea General, que es la máxima autoridad, está constituida por los titulares de los organismos y, en su ausencia, por los suplentes que designen. Cada uno de los miembros tendrá igual derecho a voz y voto y sus resoluciones se adoptarán por la mayoría de votos de sus miembros presen-

⁹ Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos: *Estatutos*, 1ª ed., México, Chávez, 1995, p. 6.

tes, requiriéndose como mínimo los dos tercios de los votos de los titulares de las instituciones nacionales. La Asamblea General se reunirá una vez al año en sesión ordinaria, en el lugar y la fecha que hayan determinado las dos terceras partes del Comité Directivo; la convocatoria deberá hacerse por escrito y con un mínimo de anticipación de sesenta días. Se reunirá en sesión extraordinaria cuando lo requiera la Federación. Las atribuciones de la Asamblea son acordar los lineamientos generales de la Federación, aprobar los informes y el orden del día de las reuniones del Comité Directivo, emitir declaraciones y comunicados públicos convenientes a sus objetivos y finalidades, y reformar los Estatutos.

El Comité Directivo estará conformado por los titulares de los organismos nacionales miembros de la Federación y por representantes designados por los Ombudsman de ámbito estatal, regional-autonómico o provincial; se designará por un período de dos años y se reunirá con la periodicidad que acuerden sus miembros. El Comité nombrará al Presidente, quien debe ser titular de un organismo nacional, con la votación de las dos terceras partes; entre otras, éste ejercerá las funciones de representante legal de la Federación. Además elegirá a tres Vicepresidentes, uno de los cuales será titular de un organismo de ámbito estatal, regional-autonómico o provincial. Los Vicepresidentes auxiliarán al Presidente en el desarrollo de sus funciones y cumplirán las encomiendas que él les solicite. El Comité Directivo recibirá las solicitudes de adhesión o suscripción a sus Estatutos; previo análisis de la documentación correspondiente, informará a la Asamblea General acerca de las adhesiones y suscripciones aprobadas. A su disposición tendrá una Secretaría Técnica que estará a cargo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la que tendrá por encargo desarrollar administrativamente las actividades de la Federación tales como proyectos específicos, misiones técnicas, cursos de capacitación, acciones académicas y elaboración de documentos informativos.

Los objetivos que persigue la Federación están recogidos en el artículo 7 de sus Estatutos y son los siguientes:

- a) Estrechar los lazos de cooperación entre los *Ombudsman* de Latinoamérica, España y Portugal.
- b) Apoyar la gestión de los miembros de la Federación.
- c) Fomentar, ampliar y fortalecer la cultura de los Derechos Humanos en los países iberoamericanos.
- d) Establecer y mantener relaciones de colaboración con instituciones y organismos internacionales, intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales que persigan el respeto, defensa y promoción de los Derechos Humanos.
- e) Denunciar ante la opinión pública internacional las violaciones a los Derechos Humanos que, por su gravedad, así lo ameriten.

- f) Apoyar la promoción del *Ombudsman* en los países de la región que no cuenten con esta institución.
- g) Realizar programas conjuntos de trabajo tendentes al fortalecimiento y modernización de las instituciones miembros de la Federación.
- h) Promover estudios e investigaciones sobre aspectos de su competencia, con la finalidad de apoyar el fortalecimiento del Estado de Derecho, el régimen democrático y la convivencia pacífica de los pueblos.
- i) Las demás que apruebe la Asamblea General.

La Federación Iberoamericana de Ombudsman realizó su II Congreso en la ciudad de Toledo del 14 al 16 de abril de 1997; allí se trataron los más diversos temas de actualidad que conciernen a los países iberoamericanos referentes a derechos económicos y sociales, derechos de las mujeres, derechos fundamentales y pueblos indígenas en Iberoamérica, relaciones entre el Ombudsman y el derecho internacional de los derechos humanos y la administración de justicia y el Ombudsman. Como resultado de las sesiones y tras los debates celebrados, el Congreso acordó efectuar la Declaración de Toledo, la cual, en su preocupación por recoger las inquietudes, sintetizar y exponer las conclusiones a la problemática social, política y económica de la realidad sobre todo latinoamericana, merece ser citada en su integridad:

Primera. Los Ombudsman iberoamericanos ven con preocupación que la injusta distribución de la riqueza y el pago de la deuda externa van en detrimento de la atención a la deuda social interna. En consecuencia, se comprometen a jugar un papel primordial de garantía y defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto, en función integradora, permiten la realización y ejercicio efectivo de los derechos políticos y civiles en sus respectivos países.

Segunda. Acuerdan incorporar en sus respectivas instituciones un área o sección, en la medida de lo posible, que se ocupe de forma específica de los derechos de la mujer, impulsando, tanto en su trabajo como en la función de supervisión de la actuación de la Administración, la adopción de programas, métodos y enfoques concretos que incidan en las prácticas de protección y defensa de los Derechos Humanos.

Tercera. Reafirman como una de las funciones más importantes del Ombudsman iberoamericano el fortalecimiento de los derechos de las poblaciones indígenas, su identidad y su derecho a la paz, sin imposiciones de ningún tipo, discriminaciones de ninguna clase, ni explotaciones económicas u opresiones. Cuarta. Se comprometen a favorecer el respeto y adopción del Derecho internacional de los Derechos Humanos por parte de los poderes públicos, habida cuenta de que el mismo tiene que estar presente en todas las actuaciones que realicen los Ombudsman y, sobre todo, en aquellos campos en que el Derecho nacional no tenga una respuesta concreta.

Quinta. Consideran que, dado el carácter fundamental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva, todos los Ombudsman deberían estar facultados pa-

ra abordar la supervisión de las disfunciones del servicio público judicial como mediador y persuasor, para que los procesos se lleven a cabo sin dilaciones y con el cumplimiento oportuno de las leyes procedimentales.

Sexta. Condenan todo tipo de comportamientos y normas discriminatorias y xenófobas respecto a las personas inmigrantes entre los países, tanto en aquellos que son receptores como de tránsito.

Séptima. Adquieren el compromiso de incluir en los programas a desarrollar en las próximas reuniones y congresos los temas que se refieren a la atención, protección y cuidado de los menores, sobre todo aquellos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, así como las cuestiones que afectan a las personas de la tercera edad en todos los ámbitos de su vida. Los Ombudsmen iberoamericanos reiteran la importancia que para la defensa de los derechos de la infancia y de la juventud entraña la efectiva vigencia de la Convención de Naciones Unidas de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

Octava. Repudian enérgicamente toda violación de los derechos fundamentales solidarizándose con las personas que sufren secuestro y privación ilegítima de libertad, como ocurre con los secuestrados en la Embajada de Japón en Perú y las dos personas que actualmente son víctimas en España.

Novena. Ratifican el compromiso de exhortar a aquellos Estados iberoamericanos que aún no tengan institucionalizada la figura del Ombudsman a que la establezcan a la mayor brevedad posible. Instan igualmente a los que la han creado a que le den operatividad. Finalmente, apoyan los esfuerzos del Defensor del Pueblo de Mérida (Venezuela) ante la situación de inseguridad jurídica que afecta a su institución.

Décima. Elevan a la consideración de los Jefes de Estado y de Gobierno que conforman la Conferencia Iberoamericana para que en su próxima Cumbre, en la Isla de Margarita (Venezuela), continúen apoyando a los Defensores del Pueblo, Procuradores, Proveedores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos, e impulsen la creación de estas instituciones en la Comunidad Iberoamericana.¹⁰

Con ocasión del II Congreso de la Federación y según lo dispuesto en el artículo 13 del Estatuto, también se llevó a cabo la reunión en sesión ordinaria de la Asamblea General. Entre los principales temas que se trataron estuvo la solicitud de adhesión del Defensor del estado brasileño de Paraná; se analizó la situación de inseguridad jurídica que atraviesa el Defensor del estado venezolano de Mérida por los intentos de la Fiscalía General de Venezuela de subrogarse a nivel nacional, incluido por tanto el estado de Mérida, de las cuestiones relativas a la defensa de los derechos humanos en Venezuela; se aprobó el informe elaborado por el Instituto Interamericano de Dere-

10 Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos (FIO): *Memoria II Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo*, Madrid, 1997, p. 445-446.

chos Humanos, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Directivo; se realizó un análisis preliminar y se nombró un grupo de trabajo para que estudiara la propuesta argentina de reforma de los Estatutos de la Federación para permitir la adhesión de los Defensores municipales; se hizo un llamamiento de apoyo a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador y se acordó que el III Congreso de la Federación tendría lugar en Lima (Perú) en septiembre de 1998.

Asimismo, y en el marco de la Asamblea General, los titulares de los organismos nacionales miembros de la Federación y los tres representantes designados por los Ombudsmen de ámbito estatal, regional-autonómico y provincial celebraron una reunión con objeto de designar en el seno del Comité Directivo un nuevo Presidente y tres Vicepresidentes, ya que los componentes del anterior Comité habían concluido su mandato de dos años y también habían dejado de ser Defensores nacionales en sus respectivos países. El nuevo órgano rector del Comité Directivo de la Federación quedó conformado por Nelson Filippi, Defensor de la Provincia de Córdoba (Argentina), como Tercer Vicepresidente; Mireille Roccatti, Presidenta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, como Segunda Vicepresidenta (se aseguró así la representación de las distintas regiones geográficas del área iberoamericana); la Presidencia para los siguientes dos años recayó en el Defensor del Pueblo de España, Fernando Álvarez de Miranda y Torres.

El trabajo positivo y fecundo que ha realizado la Federación desde su creación se concreta en su trabajo, en la difusión de la ideología del Ombudsman en Iberoamérica y también en el número cada vez mayor de sus miembros.

10. Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo

El Instituto Latinoamericano del Ombudsman - Defensor del Pueblo es una institución privada, no gubernamental, totalmente apolítica e imparcial, que surge de la iniciativa de tratar de consolidar la propuesta de su creación como un mecanismo que “afiance y consolide las nacientes democracias en América Latina”, en conexión con “dos hechos históricos” de singular importancia para Venezuela, según como señala su mentor, el Ing. Issac Marcos Hochman:¹¹ “la celebración de los 25 años de la instauración de la democracia y la celebración del bicentenario del natalicio del Libertador Simón Bolívar”. En enero de 1983 se llevó a cabo una reunión preparatoria con el propósito de estudiar la posibilidad de promover la figura del Ombudsman en Améri-

11 Isaac Marcos Hochman: *La evolución de la institución del Ombudsman en América Latina*

ca Latina. Como resultado de ella se decidió convocar al Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman para América Latina, a celebrarse en Caracas del 2 al 4 de junio de 1983, auspiciado por la Fraternidad Hebrea B'nai B'rith de Venezuela, la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de Costa Rica. El Coloquio contó con la presencia de importantes invitados, como el Dr. Jonas Aalto, Ombudsman de Finlandia; el Sr. Per Erik Nielsen, Ombudsman de Suecia; el Dr. Joaquín Ruiz Jiménez, Defensor del Pueblo Español; el Dr. Héctor Gros Espiell, director del IIDH, entre otros.

Como corolario de ese Primer Coloquio nació el Instituto Latinoamericano del Ombudsman, presidido por el Dr. Efraín Schacht Aristiguieta. La Declaración de Caracas resolvió:

Consagrar nuestros esfuerzos individuales e institucionales a la promoción y protección de los derechos humanos en nuestros respectivos países.

Contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión, discusión e implantación de instituciones como la del Ombudsman en América Latina, de acuerdo a las necesidades y características específicas de cada sociedad.

Continuar en cada país los trabajos necesarios para traducir nuestras aspiraciones en normas jurídicas o constitucionales de acuerdo a las condiciones políticas, económicas y sociales de cada país y destinadas a modificar tales condiciones en cuanto ellas violen o restrinjan los derechos humanos que exigimos sean protegidos y garantizados.

Invitar a quienes comparten el espíritu y propósito de esta Declaración a adherirse a ella. [...] Publicar y darle la máxima difusión posible a la presente Declaración.

Dos años después, en 1986, se llevó a cabo el Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, auspiciado por la Interamerican Bar Association; el Instituto se adhirió al objetivo central de promover la figura del Ombudsman con los rasgos esenciales señalados y respetando la idiosincrasia de cada país.

El Segundo Coloquio sobre el Proyecto del Ombudsman para América Latina convocado por el Instituto se celebró en San José (Costa Rica) en septiembre de 1988, con el auspicio del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos por medio del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), el Colegio de Abogados de Costa Rica y la Asociación Defensor del Pueblo, Capítulo de Costa Rica. Partiendo de la consideración de la celebración del 40° Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y “con la finalidad de profundizar los estudios sobre esa institución en el marco de los controles formales y no formales del Estado, existentes en los países latinoamericanos”, se recomendó, entre otros elementos, “adaptar la figura del Ombudsman a los sistemas jurídico-políticos existentes, respetando la particularidad histórica de cada Estado”. Posteriormente, con el auspicio de los gobiernos de España,

Finlandia y Canadá, se realizaron seminarios y talleres de trabajo de apoyo a las entidades análogas existentes o a los Ombudsman en ejercicio en Chile, Bolivia, Panamá, Nicaragua, Paraguay, Guatemala y Brasil.

En 1991, del 13 al 15 de noviembre, se celebró en Buenos Aires (Argentina) el Tercer Coloquio, declarado de interés nacional por decreto presidencial n° 880, considerando en primer lugar la “reinstalación y afianzamiento del sistema democrático de gobierno” y que, a la par, el Congreso de la Nación se encontraba debatiendo un proyecto de ley para establecer el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina. En las recomendaciones finales se reiteraron los principios y la necesidad de su creación, en orden a lo cual se enfatizó, para su difusión, la “cooperación de los medios de comunicación en cumplimiento de la función social”, así como la “incorporación del estudio del Defensor del Pueblo en los niveles educativos primarios, secundarios y terciarios”.

El Cuarto Coloquio, celebrado en la Ciudad de Maracaibo (Venezuela) el 25 y 26 de mayo de 1995 bajo el lema “El Ombudsman, una alternativa para consolidar las democracias en América Latina”, tuvo dos objetivos primordiales: uno nacional, que fue el de discutir la necesidad de crear un Ombudsman para Venezuela, y otro regional, que mediante cinco grupos de trabajo se ocupó de temas que afectan a las democracias latinoamericanas, como “corrupción e impunidad, marginalidad y pobreza, fronteras o integración, narcotráfico y problemas indígenas”.

Capítulo V

La Defensoría del Pueblo en el Ecuador

1. Antecedentes

Al hablar de los antecedentes del Ombudsman o Defensor del Pueblo en el Ecuador no podemos deslindar su surgimiento y desarrollo de la motivación e inquietud que de alguna forma generaron las experiencias recogidas en otros países y en el continente, ni de la labor de difusión que realizaron ciertos gobiernos a través de sus agencias de desarrollo,¹ los diversos organismos internacionales² de derechos humanos y aquellos otros que impulsaban concretamente la doctrina del Ombudsman en los distintos grupos sociales, políticos, académicos, intelectuales y gremiales.

Como hemos visto en los capítulos anteriores, en algunos países de Latinoamérica la figura del Ombudsman surge al ser adoptada por los Congresos o Parlamentos y nuevos gobernantes como un organismo de control eficaz para impulsar la democracia; sobre todo en aquellos países del Cono Sur y América Central que salían de regímenes militares dictatoriales, donde los derechos humanos habían sido sistemáticamente violados, que entraban en un proceso democrático³ y buscaban instaurar un nuevo régimen político.

- 1 Scott Mainwaring: "Democratic Survivability in Latin America", en Howard Handelman y Mark Tessler (eds.): *Democracy and its Limits: Lessons from Asia, Latin America, and the Middle East*, Notre Dame, Indiana, 1999, pp. 11-68. Las agencias de Gobierno de los Estados Unidos fueron las responsables de fomentar la política de "democratización" en América Latina. Bajo la presidencia de Carter, en diciembre de 1980, la Agency for International Development (AID), que funcionaba ya desde los años sesenta, emprendió un programa llamado Human Rights and Democratic Initiatives. Este programa creó organismos de derechos humanos en Latinoamérica y apoyó para fundar el International Foundation for Electoral Systems (IFES) para promover y vigilar elecciones democráticas en la región. Fue en 1982 que proveyó de asistencia técnica para las elecciones en El Salvador. En 1984, la oficina de la AID para Latinoamérica y el Caribe emprendió otros programas con el propósito de fortalecer las democracias, como por ejemplo, el fortalecimiento y endurecimiento de los sistemas judiciales, legislativos y gubernamentales, así como de los partidos políticos. El mismo año el Congreso del Gobierno de los Estados Unidos creó también la National Endowment for Democracy (NED), cuya misión era fomentar la democracia en el mundo. La fundación proveía de fondos a organizaciones civiles, grupos de derechos humanos, etc., igualmente para proyectos de reformas legislativas y judiciales así como elecciones democráticas. Debatible es que bajo el mismo objetivo cobijaba a organizaciones con las más diversas ideologías políticas, como a sandinistas y pinochetistas.
- 2 Laurence Whitehead: "International Aspects of Democratization", en *Transitions from Authoritarian Rule: Prospect for Democracy*, 3ª parte, 1986, pp. 25-31. Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos como Americas Watch, Amnesty International, Washington Office on Latin America, Inter-American Dialogue, la Internacional Socialista y las fundaciones de los partidos alemanes invirtieron durante años sus recursos para apoyar a las democracias en Latinoamérica.
- 3 Jeff Haynes (ed.): *Toward Sustainable Democracy in the Third World*, 2001, p. 13. El autor cita a Collier y Levitsky, quienes identifican más de 500 subtipos de democracias, y reduce a tres tipos genéricos de democracias en el Tercer Mundo: "(1) 'facade' or quasi-democracy; (2) 'electoral' democracy; (3) 'full' democracy", y basado en el estudio de O'Donnell, quien identifica a su vez nueve tipos de democracias electorales (2) en América Latina, sitúa al Ecuador en este grupo; sin embargo, lo califica en el rango del uno al cinco con dos variables, derechos políticos y libertades civiles, con un dos y un cuatro respectivamente.

Partiendo de una nueva Constitución que debía concebirse lo más cercana posible de los modelos de los Estados modernos, el Ombudsman, los Defensores, Comisionados o Procuradores y Tribunales Constitucionales fueron creados sobre todo con el fin de reivindicar prioritariamente los derechos humanos; por ello inclusive las denominaciones y las características especiales con las cuales se lo ha dotado en Latinoamérica.

Para entonces, en el caso del Ecuador —quizás porque esta represión no fue tan marcada, o tal vez porque quienes elaboraron la Constitución Política desconocían la figura del Ombudsman, Defensor o Comisionado, o simplemente porque habiendo existido previamente una figura afín prefirieron volver a adoptar las instituciones judicialistas tradicionales de control que también habían sido suprimidas durante la dictadura militar de 1972-1979—, en el proceso de reestructuración jurídica del Estado que culminó con la implementación de la Constitución de 1979 y con la presidencia de Jaime Roldós Aguilera, se volvió a restablecer el Tribunal de Garantías Constitucionales⁴ como un Órgano de Control constitucional “análogo” en su función a la del Ombudsman, que garantizara no sólo los derechos humanos, sino igualmente el cumplimiento de todos los derechos inalienables mencionados en la Constitución.⁵ Así lo señala, el artículo 141, en el cual se delimitan sus atribuciones: “velar por el cumplimiento de la Constitución”; “formular observaciones” con respecto a decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que la violen; “conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica” sobre hechos que atenten contra los derechos y libertades garantizados en ella “luego de oír a la autoridad u organismo respectivo”; “suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte”, los efectos inconstitucionales. Para ello el “Tribunal someterá su decisión a resolución del Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas”.

4 El TGC reemplazó al Consejo de Estado, organismo que fue establecido en la Constitución de 1830 para asistir a la Presidencia. A pesar de que posteriormente se le confirió cierto poder y se lo independizó del Ejecutivo, la Constitución de 1945 volvió a crear el Consejo de Estado que duró únicamente un año. La Constitución de 1967 también reestableció al Tribunal de Garantías Constitucionales. La Ley de Control Constitucional, aprobada por el Congreso el 18 de junio de 1997 y publicada en el RO 99:2-jul-97, entre otras modificaciones, cambió su denominación por Tribunal Constitucional.

5 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 613: Las facultades originales de dicho Tribunal eran esencialmente propositivas, ya que sólo podían exhortar y formular recomendaciones a las autoridades respectivas, inclusive en relación a las quejas que formulara cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la Constitución que afectara los derechos y libertades consagrados por la Ley Fundamental. Una atribución más importante era la de suspender las disposiciones legislativas que estimara inconstitucionales, pero la decisión definitiva correspondía al Congreso Nacional y, en sus receso, al Plenario de las Comisiones Legislativas. Un paso adelante se dio con la modificación del citado artículo 141 de la Constitución de 1978, por reforma publicada el 1º de septiembre de 1983, que adicionó dicho precepto con la disposición que declaró especialmente punible el desacato de las observaciones del Tribunal, pudiendo inclusive pedirse la remoción de quien o quienes incurrieran en él al respectivo superior jerárquico, sin perjuicio de la acción penal a que hubiese lugar, y si el funcionario tenía inmunidad, debería elevarse el expediente con su respectivo dictamen al Congreso para el juicio de responsabilidad. Pero con todo y esta modificación, el mencionado Tribunal ecuatoriano de Garantías Constitucionales permaneció como un organismo híbrido, con algunas atribuciones limitadas de control constitucional y algunas similares a las de un *Ombudsman*.

En el transcurso de los años, las atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales en el control de la constitucionalidad no sólo han sido modificadas,⁶ sino inclusive manejadas al antojo de las conveniencias políticas. Por ello, el estudio del control de la constitucionalidad en el Ecuador es un asunto complejo, que reclama un profundo análisis tanto del derecho constitucional como de la realidad política nacional. Como describe Julio César Trujillo, el control de la constitucionalidad⁷ está “distribuido y redistribuido en varios órganos, en una curiosa y nada sistemática yuxtaposición de influencias que por retazos se han añadido, en el decurso del tiempo, sin lograr el desarrollo de las ventajas de ninguno de todos aquellos sistemas, ni constituir un sistema propio”. Para entender el sistema de control constitucional ecuatoriano el autor propone “distinguir los actos del poder público en: leyes formal y materialmente tales; decretos-leyes; resoluciones de la Corte Suprema en pleno; las normas jurídicas [...] o ‘actos normas’, en la terminología exacta del Dr. Ramiro Borja y Borja, y de otra parte los actos materiales”.

Con respecto al control de la constitucionalidad de la ley —aprobada por el Congreso, sancionada por el Presidente y promulgada por el Registro Oficial—, ella está sujeta a varios controles. Le compete al Presidente de la República ejercer el control de la inconstitucional de la ley por las atribuciones que le confiere la Constitución en el artículo 171, que reza: “Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados y los convenios internacionales y demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia”; es

6 Luego de las reformas de 1992, los actos materiales a los que el Dr. Ramiro Borja y Borja llama “actos ejecutivos”, de ejecución o aplicación de la Ley, no están sujetos al control del TGC, artículo 141: “Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: 1. Velar por el cumplimiento de la Constitución, para lo cual excitará a las autoridades y demás funcionarios de la Administración Pública; 2. Formular observaciones acerca de decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones dictadas con violación a la Constitución y las leyes luego de oír a la autoridad u organismo que los hubiere expedido; 3. Conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella [...]”. La versión de 1992, artículo 146, numeral 2, contempla únicamente los “actos administrativos de toda autoridad pública” que impliquen quebrantamiento de la Constitución. Corresponde al artículo 276, numeral 2, de la Constitución, título XIII, capítulo II del Tribunal Constitucional, actualizada a julio de 1998.

7 En el derecho constitucional comparado se reconocen dos sistemas: el norteamericano y el austriaco. Sin embargo, otros autores plantean otras variaciones, como por ejemplo, el caso español, donde existe un órgano que ejerce la jurisdicción constitucional de leyes y normas con rango de ley, además del recurso de amparo. Más matizado inclusive es el caso mexicano descrito por Alberto Borea Odria, citado por Julio César Trujillo (*Teoría del Estado en el Ecuador*, Estudio de Derecho Constitucional, Serie Estudios Jurídicos, vol. 8, Quito, 1994, pp. 118-119) que dice: “En la Constitución mexicana se introduce el ‘juicio de amparo’, que comprende cinco procesos: el protector de la libertad personal, similar al habeas corpus; el amparo contra leyes inconstitucionales; el amparo judicial o recurso de casación; el control de la legalidad o contencioso administrativo, y el amparo social agrario”. Y continúa citando la opinión de otro tratadista: “Según Tena Ramírez el juicio de amparo no constituye control de la constitucionalidad porque, al tenor del artículo 107 de la constitución mexicana, como en Estados Unidos, el juicio debe instaurarse a instancia de parte y la sentencia debe limitarse a resolver el caso particular, “sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”. El otro sistema conocido históricamente que menciona Trujillo es el “sistema político en el que el control de la constitucionalidad está confiado a un órgano político; tiene su origen en las constituciones francesas de 1799 y 1852. En las constituciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas —URSS— de 1936 y 1977 reapareció este sistema y se difundió en los países de Europa socialista”. Trujillo sostiene que “Éste era el sistema de nuestra Constitución, según el texto original de 1978”.

decir, no en los casos de decreto-ley, que son obvios, sino cuando un proyecto de ley proviene del Congreso Nacional, de la Comisión de Legislación y Codificación (artículo 144, numerales 1 y 4), de la Corte Suprema de Justicia (artículo 144, numeral 3), o de la iniciativa popular (artículo 146), en cuyo caso le corresponde por trámite ordinario sancionarlo u objetarlo (artículo 153). Fuera de este caso, el Ejecutivo no puede arrogarse atribuciones que competen a otras funciones del Estado. Inclusive cuando la objeción a un proyecto de ley se fundamenta en la inconstitucionalidad total o parcial de éste, “será enviado al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen (artículo 154)”.⁸

En este mismo orden, según la Constitución de 1988, las demandas de inconstitucionalidad que le competen al Tribunal Constitucional pueden ser presentadas por el “Presidente de la República”, por el “Congreso Nacional” —que tiene la facultad de “derogar las leyes con carácter generalmente obligatorio (artículo 130, numeral 4)” —, por la “Corte Suprema de Justicia”, por los “Consejos Provinciales o Municipales”, por “mil ciudadanos en goce de derechos políticos”. Luego, de acuerdo con el Estatuto Transitorio del Control Constitucional, artículo 23, aprobado por la Corte Suprema de Justicia, confiere al Presidente de la República y al Presidente del Congreso Nacional la facultad para deducir la acción de inconstitucionalidad y nulidad frente al TGC de normas que provienen de otras funciones u organismos del Estado. El Estatuto reconoce el mismo derecho a los “partidos políticos, a las centrales de trabajadores y a las cámaras de empresarios, legalmente reconocidas, a los colegios profesionales nacionales y a los grupos de, por lo menos, cinco mil ciudadanos ecuatorianos en ejercicio de sus derechos de ciudadanía”.⁹

El artículo 274 de la Constitución dice: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”. Continúa: “esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.¹⁰ La disposición es clara: el informe debe referirse a la norma y a las razones por las cuales ésta es ajena a la Constitución, mas no sobre la causa cuyo proceso se remite únicamente cuando la parte perjudicada haya interpuesto recurso de casa-

8 Ley de Control Constitucional, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizada a marzo de 1998, 1998. Disposición que está en concordancia con los artículos 12 y 27 de la presente ley, de las atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional.

9 *Ibidem*, concordancia con los artículos 12 y 18 de la citada ley.

10 *Ibidem*, concordancia con el artículo 12, numeral 6, de la citada ley.

ción. Julio César Trujillo concluye en que esta “jurisdicción difusa”¹¹ “constituye una mezcla del recurso de amparo con el control de la constitucionalidad *erga omnes*” o lo que Antonio Torres del Moral¹² llama el “control abstracto de la constitucionalidad”.

Con respecto al control de la constitucionalidad de los actos materiales, la Constitución de 1978 señala, como hemos mencionado, que es competencia del Tribunal el “conocer y resolver la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública”, cuando exista una queja que implique el “quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella, y de encontrarlas fundadas”. El artículo 141, numeral 3, reformado, agregaba que le compete “observar a la autoridad y organismo respectivo como se observa en el numeral anterior. Se declara especialmente punible el desacato de las observaciones del Tribunal, pudiendo inclusive pedirse la remoción de quien o quienes incurran en el mismo, al respectivo superior jerárquico, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar. Cuando el acusado de quebrantamiento constitucional fuere uno de los funcionarios comprendidos en la letra f) del artículo 59 de esta Constitución, elevará el expediente con su respectivo dictamen al Congreso; y, cuando el desacato fuere cometido por un organismo colectivo, se determinarán las responsabilidades individuales. La ley reglamentará el ejercicio de estas atribuciones y los límites de la competencia del tribunal respecto de los órganos jurisdiccionales ordinarios”.¹³

Con toda razón señala el Dr. Julio César Trujillo que, aunque luego de las reformas constitucionales de 1992 se excluyó a los actos materiales que estaban sujetos, al igual que las normas, al control del Tribunal Constitucional —“a los que el Dr. Ramiro Borja llama ‘actos ejecutivos’, no porque provengan de la Función Ejecutiva, sino porque son actos de ejecución o aplicación de la ley”—,¹⁴ estos actos también deberían ajustarse a la Constitución por tratarse de la aplicación de principios consagrados en ella; por ende, se sobrentiende que dentro de los actos administrativos de los órganos del poder público están implícitos el deber, la facultad y la obligación de cumplir y aplicar la norma jurídica en toda su magnitud, con las personas, en las rela-

11 La Constitución codificada y aprobada el 5 de junio de 1998 incluye un inciso innumerado al final de las competencias del Tribunal Constitucional, quizás con el fin de aclarar esta “jurisdicción difusa”, que dice: “Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional”.

12 Torres del Moral: o. cit., p. 121.

13 El artículo 59, literal f) de la Constitución comprendía al presidente, vicepresidente de la República, los ministros Secretarios de Estado, ministros de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tribunal Fiscal, miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, Tribunal Supremo Electoral, contralor general, procurador general del Estado, ministro fiscal general, superintendente de Bancos y de Compañías. Es comprensible que estas amplias atribuciones conferidas al Tribunal de Garantías Constitucionales hayan sido pronto mal interpretadas y manejadas con intereses políticos; por ello nunca fue aplicada para garantizar efectivamente los derechos y libertades establecidos en la Constitución.

14 Trujillo: o. cit., p. 124.

ciones sociales, durante las actividades o los hechos en los cuales la ley sea aplicable.

Luego de este breve repaso en busca de los antecedentes de un órgano afín al Ombudsman en la gestión del control de la constitucionalidad, efectivamente constatamos que nos encontramos frente a un sistema de control complicado, en el que la función primordial del Tribunal Constitucional se desvanece, más aún al no existir una norma expresa de control sobre los actos que signifiquen transgresión de la división y la autonomía de poderes que garantiza la misma Constitución. En definitiva, concluimos que desde entonces y hasta la fecha, el Tribunal de Garantías Constitucionales no ha podido consolidar su función de control debido a varias circunstancias, tanto de tipo político como de orden administrativo; no sólo por la falta de coordinación entre sus miembros debido a la ambigua composición, sino sobre todo por su naturaleza misma. En el estricto sentido técnico y jurídico, como correspondería a un Tribunal, éste no ha decidido.¹⁵ Pero lo más grave es que el informe de la evaluación de los organismos internacionales dice que dicho Tribunal ha fallado como órgano complementario de control del sistema constitucional de tipo judicialista en su función análoga a la del Ombudsman, bajo cuya perspectiva fue creado: la de actuar como un “verdadero Ombudsman Colectivo”.¹⁶

2. Necesidad de su creación

Además de los hechos mencionados, dentro de la sociedad ecuatoriana se manifestaba la necesidad de canalizar adecuadamente tanto los problemas administrativos como políticos. Una serie de componentes negativos que se pretendía solapar —como el insatisfactorio funcionamiento del sector público, la inoperancia de la justicia, la corrupción¹⁷ y las graves desigualdades sociales, entre otros— generaban descontento social y seguían poniendo en peligro la democracia reinstaurada. Existía una necesidad apremiante de buscar otras alternativas democráticas de control y defensa de los derechos ciudadanos; de

15 Nótese que, pese a que según el artículo 124 el Tribunal Constitucional no es un órgano de la función judicial, sino un organismo de control constitucional y legislativo, se le han otorgado funciones judiciales de “legislador negativo”, como lo califica Julio César Trujillo, a los efectos de las resoluciones de inconstitucionalidad por las que el Tribunal suspenderá su aplicación hasta que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resuelva en definitiva. Más complicado ve él el asunto cuando se aplica el artículo 82 de la facultad interpretativa de la Constitución y las leyes que tiene el Congreso.

16 Marcos Hochman: o. cit.

17 Colin Leys, citado por: Rupert F. J. Pritzl: *Corrupción y rentismo en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Buenos Aires, 2000, p. 15: “Puede ser que la corrupción haya sido tan ampliamente ignorada debido a las numerosas dificultades que plantea el tratamiento científico del tema y que Colin Leys describiera en 1965 en los siguientes términos: ‘One reason for this [la falta de un estudio sobre los efectos de la corrupción (el autor)] seems to be a widespread feeling that the facts cannot be discovered, or that if they cannot be proved, or that if they can be proved, the proof cannot be published’. Probablemente también pueda constatarse una cierta diplomacia política e incluso científica respecto de la corrupción pública. La misma se percibe durante mucho tiempo y en numerosos casos, en los cuales el tratamiento del tema no aparece como deseable políticamente”.

allí que la ya señalada gestión internacional e influencia externa de diversas organizaciones en la década de los setenta propagaba la figura del Ombudsman a escala mundial, y sobre todo en América del Sur, como una alternativa funcional¹⁸ probada ya en otras latitudes. Pero además, lo que se pretendía ignorar era el malestar creado en la sociedad civil, que iba poniendo de manifiesto la desconfianza en el sistema legal¹⁹ y desvirtuando la efectividad de las posibilidades de participación directa y formal²⁰ de la ciudadanía en el proceso político.

Los problemas que aquejan a Ecuador son en general comunes a otros países de la región con condiciones económicas adversas que comprometen seriamente la estabilidad política y social indispensable para el pleno ejercicio de la democracia. Sin adentrarnos en un mayor análisis económico, basta citar el diagnóstico junto con las cifras alarmantes que proporcionaba el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el *Informe Sobre Desarrollo Humano 1996*.

[El mundo] está cada vez más polarizado, y la distancia que separa a los pobres de los ricos se está agrandando cada vez más. Del PIB mundial, de 23 billones de dólares en 1993, 18 corresponden a los países industrializados y sólo 5 billones corresponden a los países en desarrollo, aunque estos últimos tienen casi el 80% de la población mundial. [En] los últimos 30 años, la participación en el ingreso mundial del 20% más pobre de la población mundial se redujo de 2,3% a 1,4%. Mientras tanto, la participación del 20% más rico aumentó de 70% a 85%. Así se duplicó la relación entre la proporción correspondiente a los más ricos y a los más pobres de 30:1 a 61:1".²¹

De nada han servido los "programas de ajuste estructural"²² impulsados a comienzos del decenio de 1980 por el Banco Mundial (BM) y el Fondo

18 Mainwaring: o. cit., pp. 11-68. El mérito que tiene el trabajo de Mainwaring (también el de Whitehead citado) es reconocer la incidencia que tienen los factores internacionales en el desarrollo de las democracias y, por ende, en las formas de organización política y socioeconómica en Latinoamérica, como actores externos. Establece tres tipos de factores internacionales que a partir de 1978 han moldeado las democracias: la diseminación de las ideas, las políticas de los gobiernos y la influencia que han ejercido las agencias no gubernamentales; estrategias en definitiva "funcionales" para la política de los Estados Unidos.

19 Los periódicos locales relatan varios hechos ocurridos en los cuales la ciudadanía ha tomado la justicia en sus manos provocando linchamientos, garrotazos y quemados. En el mismo orden podemos categorizar al levantamiento masivo que terminó con el derrocamiento del presidente electo Abdalá Bucaram O.

20 Ley de Elecciones n° 59, 12 de diciembre de 1986, artículo 1: "El sufragio es derecho y deber de los ciudadanos ecuatorianos. Por medio de él se hace efectiva su participación en la vida del Estado". Sin embargo, la ciudadanía está consciente de que su participación está limitada únicamente al momento del sufragio. Concordancia con CP, artículo 99.

21 PNUD: *Informe sobre desarrollo humano 1996*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 2.

22 Las políticas de ajuste estructural, liberalización de los precios, eliminación de subsidios, liberalización de las importaciones y la política cambiaria, así como la disminución de la intervención del Estado en la economía, buscaban alcanzar las condiciones óptimas para el despegue de la economía pura de mercado. La aplicación de este modelo en América Latina produjo evidentemente efectos contrarios a los obtenidos en países con otras condiciones de desarrollo. La apertura de los mercados y la importación masiva acabaron con la producción interna, la disminución del Estado generó más desempleo, pobreza y conflictos sociales. Los organismos internacionales han reconocido los límites del modelo y han propuesto una serie de rectificaciones mediante el impulso de reformas más "democráticas", trasladando los costos de la política social a la sociedad civil sin ningún éxito.

Monetario Internacional (FMI). Las soluciones macroeconómicas asociadas al modelo de política económica neoliberal²³ no han dado respuesta a los problemas microeconómicos; al contrario, han contribuido a agravar aún más los problemas de pobreza y marginación; inclusive se han traducido en un condicionamiento exterior a las políticas económicas de los Estados que “ponen en entredicho la soberanía de las naciones”.²⁴ Como ha expresado Noam Chomsky, la polarización económica es producto de una política económica basada en un reparto injusto del producto social, salario, ganancia empresarial e intereses bancarios, que son las formas como se reparte el producto generado por la sociedad, pues “no resulta equitativo que el sacrificio sea social y las utilidades, privadas”.²⁵

La acumulación de la riqueza en manos de los grupos monopólicos se hace evidente en la economía nacional; el capital comercial logrado de la agroexportación empieza a captar por varios nexos otros sectores industriales, agroindustriales, de servicios y banca, de importaciones, sobre todo gracias a la implementación de una política económica neoliberal. Un número reducido de empresas que mantienen relaciones políticas, económicas e inclusive familiares²⁶ ha dado lugar a la formación de grupos financieros²⁷ que han concentrado el capital y conquistado el ejercicio del poder y el destino de la nación. Estos componentes han permitido la polarización de la riqueza que tiene como contrapartida el incremento de la corrupción,²⁸ la agudización de la pobreza y de la crisis social para la mayoría de ecuatorianos.

El bajo desarrollo productivo y de competitividad es característica de estos grupos. Consecuentemente, la falta de oferta de empleo, sumada al al-

23 En la década de los años sesenta, los Estados Unidos impulsaron el programa de desarrollo Alianza para el Progreso, y las Naciones Unidas la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), con el fin de propiciar un modelo que garantizara la justicia social ausente en la región, resultado ésta de la hegemonía de los Estados oligárquicos posindependentistas, en los cuales se había concentrado el poder económico y político. Su objetivo era combatir las condiciones de pobreza extrema y de marginalidad que habrían provocado el avance del socialismo en América Latina. El Estado se convierte en el pilar fundamental a través del cual se inicia el proceso de fomento de la industrialización y modernización. El logro fue de una industria dependiente de capital y tecnología extranjeras; mientras la industria no pasó de ser una de ensamblaje.

24 Jorge Madrazo Cuellar: “El derecho al desarrollo como derecho humano”, en *Temas y tópicos de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, pp. 83-115.

25 Noam Chomsky: *Política y cultura a fines del siglo XX*, Ariel, s/a, pp. 43-83.

26 Fundación José Peralta: *Ecuador: su realidad*, 7ª ed. actualizada, Quito, 1999, pp. 237-268. Establece 14 grupos y varios subgrupos afines que poseen las empresas con mayor inversión y con las mayores utilidades en el país. Entre las fuentes de crecimiento cuenta también la alta evasión tributaria, de la cual también forman parte. Además, entre las actividades económicas que amplían sus fronteras hacia un proceso de transnacionalización están las matrices *off-shore* de sus bancos, construidas con ahorro interno, capital que escapa al control nacional.

27 Luis Fierro: *Los grupos financieros del Ecuador*, Quito, 1987, y revista *Gestión*, n° 445, marzo de 1998: “Legalmente, para la constitución de un grupo financiero debe existir una sociedad controladora, un banco, una sociedad financiera o una corporación de inversión, que hagan de cabeza del grupo, y como tal controle en todo momento el 51% de las acciones, con derecho a voto, en cada una de las sociedades integrantes. Esta cabeza deberá responder por el manejo de las instituciones del grupo, incluidas las pérdidas patrimoniales”.

28 Pritzl (o. cit., p. 22) parte de un análisis de la corrupción y el rentismo tomando como base el enfoque de la Nueva Economía Institucional. “Los elementos centrales son la teoría de los derechos de propiedad, el enfoque de los costos de transacción y el modelo principal-agente, así como también la teoría del *rent-seeking* (‘búsqueda de rentas’) y la teoría de los grupos de intereses particulares”; las cuales posibilitan un acercamiento al tema de la corrupción.

to crecimiento de la población económicamente activa, son sólo dos variables que reflejan el tipo de economía, de desarrollo y la constitución de la sociedad. En las áreas urbanas del Ecuador el índice de desempleo en 1987 fue del 7,2% y el de subempleo del 44,1%, para una población económicamente activa de unos tres millones de personas. Las constantes reestructuraciones de la economía nacional solamente han logrado incrementar el desempleo; en 1998, en la urbe, éste alcanzó al 11,5%, convirtiéndose entonces en el mayor registrado en los últimos veinte años. La segmentación de la PEA urbana se distribuyó entre el sector moderno, que incluye la industria y la banca y los servicios, el cual registra el 49,8; el sector informal, compuesto por la pequeña industria, las microempresas, los artesanos y los vendedores ambulantes, que suma el 37,1%; las actividades agrícolas dan un porcentaje del 6,3% y el servicio doméstico del 6,8%. La inflación anual promedio de 1996 fue del 25,53% y a mediados de 1997 se incrementó a 31,54%, con un índice mensual aproximado del 2,06%. Mientras los indicadores económicos señalan un ingreso per cápita de US\$ 1.298 en 1993,²⁹ durante 1995 el 63% de la población se vio afectada en alguna medida por la pobreza. En la actualidad, el 60% de la población puede considerarse como pobre y otro 15% como indigente.³⁰

Antes de la dolarización, en el año 2000, el salario mínimo vital establecido en agosto de 1997 fue de 100.000 sucres mensuales; hasta marzo de 1999 se mantuvo igual, cuando el cambio establecido era de 10.067 sucres por dólar; es decir, este salario representaba algo menos de 10 dólares. Los salarios básicos para el sector privado los fijan más de trescientas comisiones sectoriales industriales, y sus incrementos semestrales los determinan los consejos gubernamentales, en los cuales también participa el sector privado. Según el artículo 55 de la Constitución de la República, todos los ecuatorianos tienen derecho a la seguridad social; sin embargo, apenas 1,3% está afiliado al IESS; en 1998, sólo un 18% de las mujeres del área urbana constaban como afiliadas.³¹ Entre otros efectos sociales preocupantes está la desnutrición,³² que afecta al 48% del total de la población nacional; el 55,4% de los niños meno-

29 Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (INEC), <www.inec.gob.ec>.

30 La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) establece que un hogar está en situación de pobreza cuando el ingreso es inferior al doble del costo de una canasta básica de alimentos, y está en situación de indigencia cuando el ingreso es inferior al costo de una canasta básica de alimentos, lo cual significa que, aunque destinara sus ingresos íntegramente a comprar alimentos, no lograría satisfacer adecuadamente las necesidades nutricionales de todos sus miembros.

31 <www.iess.gob.ec>, tomando en cuenta que la población femenina suma el 44% de la población total. Este porcentaje se desglosa entre la minoría de aquellas que pertenecen al sector artesanal con un 1,8%, seguido por el sector doméstico con el 2,4%, y el voluntario, en el cual se encuentran gran cantidad de amas de casa con el 6,7%. Un número mayor de mujeres se encuentran afiliadas al seguro campesino, el 49%; sin embargo, aquellas sólo disponen de la mitad de las prestaciones, excluidos los servicios financieros. En 1988 se les suprimió inclusive el derecho a la canastilla maternal, elemental ajuar que se recibe al dar a luz.

32 <www.who.org.y www.ops.org>, datos para el año 1999.

res de cinco años sufre de desnutrición y el 66% consume por debajo del 80% de las calorías adecuadas. En el país existe un déficit de 1:200.000 unidades habitacionales, con un incremento de 200.000 por año; el 59% de las viviendas no tiene agua potable, el 60,5% no tiene alcantarillado, el 22,3% no tiene luz eléctrica, el 84% no tiene teléfono; 55,6% de la población vive en condiciones de hacinamiento.³³

Los efectos de la política neoliberal son varios, pero todos han contribuido a crear condiciones económicas y sociales adversas que, lógicamente, comprometen también la estabilidad política y social indispensable para el pleno ejercicio de la democracia. Como si fuera poco, las instituciones llamadas a cooperar y fortalecer al sistema han permanecido concomitantemente frágiles y arcaicas. La pugna de poderes y la búsqueda de la gobernabilidad se han manifestado sobre todo en el “manejo” del sistema judicial. La función primordial de consolidar y garantizar la democracia a través de una administración de justicia eficiente e imparcial tampoco ha podido cumplirse a cabalidad, lo cual ha ido generando desconfianza ciudadana en el sistema. El acceso limitado de la ciudadanía a la administración de justicia, debido a la ignorancia, la indigencia o la concentración de los tribunales en las áreas urbanas, son algunas de las características cuyos orígenes inclusive se pueden encontrar al inicio de la República y que permanecen casi intactas hasta hoy día.

Por último, hay que reconocer que el sistema judicial, al igual que otros organismos estatales, no es únicamente víctima de los intereses del oportunismo político y de todas las circunstancias económicas adversas que atraviesa el país; también es víctima de su propia incapacidad de gestión administrativa debido a la burocracia y corrupción.³⁴ Ha habido varios intentos de despolitizar y modernizar la función judicial, como por ejemplo, la disposición constitucional de 1990 tendiente a establecer la Comisión Nacional de Carrera Judicial para administrar el sistema de contratación de personal. El informe del Banco Interamericano de Desarrollo establece que éste es un problema que hay que abordar globalmente para dar una respuesta positiva con resultados concretos al diagnóstico que se hace internacionalmente de nuestro país. En sus conclusiones afirma que un Poder Judicial “fuerte, independiente y honesto es indispensable para ayudar

33 Cámara de la construcción, datos de 1998.

34 Pritzl: o. cit., p. 17: La definición de corrupción que utiliza el autor en su trabajo es la “efectuada en 1931 por Joseph Senturia, quien describiera el mal como un ‘abuso de la función pública para fines privados’”. En su trabajo se amplía la definición, concluyendo que su análisis debe incluir los elementos políticos, económicos y socioculturales, y ve como característica esencial en los “países tercermundistas” el que se la llegue a considerar como un mal natural, pero sobre todo “de carácter sistémico y planificado”. Además describe de manera detallada el concepto de rentismo (*rent-seeking*) que en forma simplificada define como “el conjunto de esfuerzos que realizan los individuos en el proceso político para apropiarse de ingresos que les garantiza o asegura el Estado”.

al Estado a llevar a cabo sus reformas e inspirar confianza por parte de los inversionistas nacionales y extranjeros”.³⁵

Ese mismo año comenzó el Plan Global de Reforma a la Justicia, con un análisis y diagnóstico de campo; el BID y el Banco Mundial destinaron 13:352.058 dólares; el crédito no reembolsable fue de 2,3 millones de dólares. Como contraparte, el Gobierno se comprometió con 3:600.000 dólares, de los cuales entregó sólo 1.200.000. Además cuentan otros aportes y ONG.³⁶ El plan iniciado en 1994 y 1995 se centró en el acercamiento de la sociedad a la Justicia y en la capacitación y el mejoramiento de la tramitación. De los siete años que ha tomado este proceso, su ejecución pasó desapercibida para buena parte de la sociedad, puesto que su alcance estuvo focalizado en las principales ciudades —Quito, Guayaquil y Cuenca—, donde se trabajó sobre todo en la infraestructura y la modernización de las judicaturas.

Aun después del retorno del Ecuador al régimen de gobierno democrático, en 1979, éste no ha podido consolidarse; al contrario, el ejercicio de vida democrática ha estado plagado de adversidades y enfrentamientos entre los distintos poderes del Estado. No es errado preguntarse si acaso no ha habido disposiciones constitucionales lo suficientemente claras para ordenar los constantes desacuerdos entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, dado que el conflicto entre ellos ha logrado paralizar al país, llevándolo inclusive a grandes crisis constitucionales en las cuales el Poder Judicial ha figurado como víctima y a la vez cómplice de esta pugna. La respuesta a gran parte de esta crisis constitucional lógicamente la encontramos en el conglomerado de intereses económicos de los diferentes grupos de presión y de interés de la sociedad, los actores de influencia externa, tanto como las oligarquías exportadoras y financieras cuyos intereses están en juego en la economía de mercado y que deben ser reguladas o liberadas por el Estado. A ello se suma la incapacidad de otros sectores y grupos de interés de la población para canalizar y ejercer su derechos democráticos. La enorme proliferación de los partidos políticos,³⁷ que no sólo se han multiplicado sino que además se

35 Inter-American Development Bank: *Economic and Social Progress in Latin America*, 1991 Report, Washington, DC, IDB, 1991, p. 15.

36 <www.projusticia.org>. El Gobierno francés donó 61 computadores y brindó capacitación a los fiscales con un *software* para manejar el sistema administrativo y financiero. En el módulo de Acceso a la Justicia se llevaron a cabo 15 proyectos, con más de 15 ONG, facultades de Derecho de las universidades Católica de Guayaquil y U. del Azuay sobre mediación comunitaria, judicial, familiar, patrocinio legal para personas de bajos recursos e investigación y capacitación sobre administración de justicia indígena. Además se creó Centro de Mediación y se llevaron a cabo varios anteproyectos de Ley Orgánica de la Función Judicial, del Código de Familia, para la Unidad Jurisdiccional, Código Civil y de la Ley de Defensoría Pública.

37 <www.georgetown.edu>. Los datos actualizados el 24 de enero 24 de 2002 revelan la existencia de 17 partidos políticos inscritos en el Tribunal Supremo Electoral. Entre otros, no constan todavía las dos nuevas fuerzas políticas finalistas en la segunda vuelta electoral del 2002: el Partido Renovador Institucional Acción Nacional y el Partido Sociedad Patriótica 21 de Enero, actualmente en el poder. Los datos del Tribunal Supremo Electoral actualizados al 2003 revelan la existencia de 16 partidos políticos y de 59 movimientos sociales inscritos.

han fragmentado, contribuye a dificultar la formación de mayorías legislativas. El frágil poder de concertación y la falta de disciplina de los partidos se manifiesta en la actitud de los políticos, para quienes la preeminencia de figurar personalmente y guardar sus propios intereses ha sido más importante que desarrollar y llevar a cabo programas de política y gobierno; en consecuencia, no han sido capaces de formar líderes con convicciones y principios ideológicos, y menos aún de organizar y fomentar sólidas bases que acojan a un grupo electoral cada vez mayor.

Siguiendo las políticas económicas impuestas, los gobiernos se ha visto “obligados” a reducir los subsidios, a tomar medidas de austeridad en el gasto público, sobre todo de las instituciones políticas, y a reducir el tamaño del Estado. Consecuentemente, los cargos de gobierno, que eran las cuotas de poder que tradicionalmente los partidos políticos se repartían —como por ejemplo, los puestos de la Corte Suprema de Justicia— se volvieron aún más apetecidos, lo cual contribuyó a aumentar el interés político, la pugna entre el Ejecutivo y el Legislativo y, por ende, la pérdida de independencia del Poder Judicial.

En este contexto, el intento de descentralizar y despolitizar el sistema judicial de manos autoritarias, ya sea del Ejecutivo o del Legislativo, sigue siendo un mito, a pesar de las reformas que se han implementado sobre todo en la década de los noventa. El “poder judicial” sigue siendo la troncha más apetecida para el reparto político.³⁸

En el Poder Legislativo, ya desde la vuelta a la democracia, en el gobierno de Jaime Roldós Aguilera, las discrepancias entre el dirigente del partido Concentración de Fuerzas Populares (CFP), Assad Bucaram, y el presidente electo por el mismo partido, llevaron al líder del CFP, electo presidente del Congreso Nacional por el bloque mayoritario, a negociar una alianza con los partidos Conservador y Liberal, en un intento de concretar sus frustradas ambiciones de gobernar desde el Congreso. Entonces, la cuota de poder recayó en manos del Partido Liberal, que con sólo cuatro puestos en el Congreso obtuvo la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Otro ejemplo de politización de la Corte Suprema fue el iniciado en 1983, cuando el Congreso Nacional, bajo la presidencia del Raúl Baca Carbo, de la Izquierda Democrática (ID), y con mayoría de la coalición de partidos de centroizquierda, reformó la Constitución y redujo el período de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de seis a cuatro años. Al asumir la Pre-

38 John Matz: *Ecuador, Conflicting Political Culture and the Quest for Progress*, Boston, Allyn & Bacon, 1972, pp. 79-82. El científico político opina que estos cambios constitucionales de conceder mayor o menor poder al Legislativo o al Ejecutivo, así como la demanda regional por obtener el control del presupuesto nacional y la creación de instituciones cuasi-públicas para controlar las actividades del gobierno “exacerban antes que moderan el tradicional conflicto entre el Congreso y el Ejecutivo”. Al inicio de 1970, más del 50% del total de los impuestos, así como 1.300 instituciones públicas, estaban ya fuera del control del Ejecutivo.

sidencia de la República León Febres Cordero, miembro del Partido Social Cristiano, en agosto de 1994, tuvo que confrontar la oposición de la mayoría del Congreso, liderada por la ID, que contaba con 24 de los 71 puestos. La oposición interpretó la reforma constitucional aprobada por el anterior Congreso con efectos retroactivos y nombró a sus nuevos miembros, eligiendo como presidente al director del partido, Gustavo Medina. La disputa por la acción, declarada inconstitucional por el presidente de la República, terminó en la ruptura de relaciones entre ambos poderes y, aunque el presidente de la Corte Suprema anterior reconoció la decisión como constitucional, León Febres Cordero ordenó a la fuerza pública impedir el ingreso a la Corte Suprema de los nuevos miembros electos. Esta crisis constitucional, que paralizó al Poder Judicial durante varios meses, terminó cuando el Congreso y el Ejecutivo acordaron que la Corte presidida por Medina debía renunciar y ser reemplazada por otra conformada por doce jueces allegados a los partidos de la oposición y presidida por un miembro de la ID.

En 1988, al asumir la Presidencia Rodrigo Borja, el Congreso Nacional, controlado también por la mayoría de la ID, partido al cual él representaba, reformó la Constitución unificando el período de funciones de algunos funcionarios —como los del Tribunal Fiscal, la Corte Suprema de Justicia, el Contralor General, el Procurador General, el Superintendente de Bancos y de Compañías— en cuatro años coincidentes con el período presidencial. El Tribunal de Garantías Constitucionales se pronunció declarando inconstitucional la decisión, pero el Congreso, haciendo uso de su prerrogativa, no acogió la resolución del Tribunal, instaló a los nuevos miembros en la Corte Suprema y nombró a Ramiro Larrea Santos como Presidente. Otro suceso que ocasionó una crisis en el Poder Judicial fue el ocurrido a raíz de la instalación del nuevo Congreso en 1990, luego de las elecciones de diputados provinciales donde se coaligaron los partidos de la oposición PSC, PRE, PLR y CFP formando una débil mayoría que eligió como presidente a Averroes Bucaram, del CFP. La primera acción de Bucaram fue emitir una resolución tendiente a destituir a los miembros del la Corte Suprema, sobre todo con el fin de controlar el proceso contra Abdalá Bucaram. El Congreso votó a favor de la amnistía a Abdalá Bucaram y anunció el enjuiciamiento al presidente Rodrigo Borja. Finalmente, la crisis ocasionada por la oposición del Ejecutivo y del Legislativo contra las acciones del Congreso terminó cuando los diputados del PLR dimitieron de la coalición, se unieron al bloque de gobierno y eligieron a Edelberto Bonilla, del PSE, como nuevo presidente del Congreso Nacional.

En el mismo orden de cosas, el Tribunal Constitucional recibió una serie de denuncias y peticiones de inconstitucionalidad contra el decreto de congelamiento de depósitos en las cuentas de ahorro; en cada resolución “declara la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma, y suspende to-

talmente todos los efectos del Decreto Ejecutivo N° 685 de 11 de marzo de 1999". Las autoridades monetarias han burlado consecutivamente sus disposiciones; pese a querer cumplir con su deber, el Tribunal no tuvo fuerza suficiente para hacer respetar sus resoluciones, garantizar el respeto a la Constitución y hacer respetar los derechos de cientos de miles de depositantes que no sólo se han perjudicado económicamente con el dinero incautado, sino que se han visto una vez más indefensos y desprotegidos ante la "justicia". La Agencia de Garantía de Depósitos (AGD)³⁹ adujo que no tiene dinero para pagar a los depositantes.⁴⁰ En lugar de utilizar la jurisdicción coactiva, a la que se opuso el Congreso, recibieron "daciones en pago" con bienes sobrevalorados o se hicieron beneficiarios de fideicomisos en los que se esconden los bienes mal habidos; ni que decir del abuso que se ha hecho del amparo legal.

Pero lo más grave de todo esto es la corrupción cada vez más generalizada que ha contaminado a todos los grupos sociales.⁴¹ Los de élite, por supuesto, mueven sus contactos y "buenas relaciones sociales" para "solidarizarse" y manejar instituciones democráticas en favor de los autores del saqueo y de los deudores morosos. Ésta se convierte en una complicidad masiva enraizada a través del clientelismo y afincada en la burocracia de todos los organismos públicos; dentro de esta gran organización estatal, al final todos tienen que pagar los favores a sus benefactores.

Penetrar en la burocracia ecuatoriana es como entrar en un laberinto. Algunos organismos internacionales, políticos, dirigentes gremiales y hasta empresariales coinciden en que la reducción del tamaño del Estado debe empezar recortando la burocracia, para evitar que los ciudadanos paguen impuestos "directos e indirectos". El 24%⁴² del presupuesto estatal se gasta en sueldos de los empleados públicos, sin contar los de las entidades autónomas como el IESS o Petroecuador. Según la SENDA, existen alrededor de 2.516 entidades públicas y 263.000 empleados, excluidas las instituciones financieras, con un presupuesto para 1988 de alrededor de los nueve billones

39 <www.agd.gov.ec>. Se crea la Agencia de Garantía de depósitos (AGD), entidad de derecho público, autónoma, dotada de personalidad jurídica propia, gobernada por un directorio compuesto por el ministro de Economía y Finanzas, quien lo presidirá, un representante personal del presidente de la República, un miembro del Directorio del Banco Central del Ecuador elegido por éste y un representante de la ciudadanía designado por el presidente de la República en el plazo máximo de ocho (8) días, quien deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser superintendente de Bancos. (Artículo 22, Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario financiera.)

40 El gobierno ha escogido cuidadosamente a los funcionarios que deben aplicar los procedimientos que dicta la Ley para vender los activos fijos de los banqueros; a cambio, éstos se fijan sueldos increíblemente altos (se dice que el sueldo del gerente es de 6.000 dólares mensuales) para de esta forma proseguir con el gran saqueo nacional.

41 Pritzl: o. cit., p. 328: "Muchas de las conductas consideradas típicas de América Latina (por ejemplo la tendencia al 'cortoplacismo') y adjudicadas a la 'típica mentalidad latinoamericana' de 'viveza criolla' se comprenden mejor teniendo en cuenta estos antecedentes de adaptación racional del hombre a su entorno institucional. En consecuencia, no deben ser interpretados como resultado de una debilidad moral específica".

42 Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo (SENDA), datos correspondientes a 1998 que lógicamente contrastan enormemente con los recogidos por otras agencias no gubernamentales como CEDATOS; ellos registraban 115 mil empleados a comienzos de los años 70 y en el censo de 1982 se registraron 337 mil, es decir que en casi diez años la cifra se triplicó. En igual forma ellos registraron aproximadamente 15.400 instituciones de la administración pública.

de sures (tres billones más que el año anterior). En 1977 este egreso equivalía al 6,2% del PIB, lo que implica que las recaudaciones del impuesto a la renta, el IVA y el ICE se destinan al pago exclusivo de este rubro. Según el análisis⁴³ que se ha hecho de las remuneraciones básicas y las remuneraciones complementarias, establecidas por decreto ley, éstas constituyen algo más del 50% del total de los componentes salariales, mientras el otro 50% corresponde a los aportes al seguro social y a las conquistas laborales e institucionales como los contratos colectivos. Estas “remuneraciones compensatorias”, “temporales” y “subsídios” varían según la entidad; las que mayores beneficios han logrado son las entidades autónomas donde se asienta la tecnocracia. Aunque las instituciones no sectorizadas o autónomas reciben también por medio de transferencias otros rubros que no se deben subestimar, existen grandes desniveles salariales y de beneficios. En el sector de la educación, por ejemplo, que es el que cuenta con mayor número de empleados públicos, hay 154.121 con un sueldo mensual promedio de 1:629.388 sures, mientras que los empleados de la Corte de Justicia Policial, en número de 45, perciben 12:787.083 sures.⁴⁴ El rol de pagos de Petroecuador en 1998 sumó 470 millones de sures (65 millones de dólares) que los sindicatos pidieron se duplicara para 1999; sujeto a negociación estaba el aceptar una compensación del 44% por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda debido a la inflación.

En el sector público también se han formado grandes monopolios. El IESS es una institución infranqueable, alrededor de la cual se han hermanado todos los partidos políticos e intereses sectoriales. Sólo los grandes egresos que genera la burocracia, junto con las maniobras corruptas por ejercer el poder, pueden explicar el porqué del fracaso del sistema de seguridad social en el país y dar cuenta de las miserables pensiones que reciben los jubilados, mientras sus sindicatos piden incrementar los salarios en 60 dólares. La maraña institucional de 12 ministerios, 185 cuerpos colegiados y otras entidades codirigidas no supera la insuficiencia administrativa ni la complejidad de procedimientos en toda la administración pública; al contrario, entorpece y obstruye la gobernabilidad, perjudica no sólo al sector público y a la economía nacional sino a la ciudadanía en general.

43 CEDATOS e inclusive las comisiones Parlamentarias coinciden en la necesidad de reformar y unificar los salarios, sobre todo en el sector público.

44 Los mayores salarios promedio los tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores, el 60% para pagos al Servicio Exterior; por ello no se percibe el exceso burocrático que al año gasta casi el doble (0,61%) de lo que está destinado al Poder Legislativo (0,37%).

3. El Estado ecuatoriano, Constituciones y gobernabilidad

Varios intentos de aplicar “mágicas” fórmulas de desarrollo y algunas reformas legales “progresistas” tendientes a transformar las instituciones del Estado y garantizar los derechos y las garantías constitucionales a todos los sectores de la población se han hecho, como nos lo demuestran los distintos modelos de Constituciones que ha estrenado nuestro país.⁴⁵

Las Constituciones promulgadas en los primeros años de vida republicana, durante el siglo XIX, fueron modeladas siguiendo los principios de la Revolución Francesa y de la Constitución de los Estados Unidos. En ellas se ponía énfasis en reconocer los derechos políticos y el carácter nacionalista como los elementos estructurales del Estado contemporáneo. La Constitución de 1830 deja abierta la posibilidad de la reintegración a la Gran Colombia, constituyendo a la nueva República como la confederación o la “Unión de los departamentos de Azuay, Guayas y Quito”. Sin embargo, la aplicación de los derechos constitucionales fue siempre limitada debido a las discriminaciones económicas y raciales heredadas de la colonia que negaban el acceso de la mayoría de la población al ejercicio de los derechos políticos propugnados.

La Constitución de 1930, inspirada en los ideales liberales, reconoció el “estado de derecho” y consagró la necesidad de expandir la intervención del Estado en lo económico, social y cultural. Amplió las libertades o derechos civiles y políticos y añadió los derechos sociales y económicos, reconociendo inclusive la necesidad de forjar la unidad nacional; introdujo importantes reformas. Por primera vez se propugna la política tributaria para modificar la distribución de la riqueza entre los gobernados, se legitima y faculta a las asociaciones menores para adoptar sus propios estatutos y reglamentos, y se hacen grandes reformas en el sistema de justicia, como la abolición de la pena de muerte, la prohibición de prisión por deudas y la concesión del voto a la mujer.⁴⁶ En el campo económico, se crean la Superintendencia de Bancos, la Junta Monetaria, el Banco Central y el de Fomento para regular la política monetaria, cambiaria y financiera.

La Constitución de 1945 es vista como la más progresista por ser de tinte liberal. Subrayó los derechos civiles y reconoció el libre acceso a la justicia, respaldó los derechos sociales consagrados por el constitucionalismo social, y reconoció como facultades del Estado la planificación, la previsión social,

45 Desde 1830 hasta 1998, el Ecuador ha tenido diecinueve Constituciones Políticas.

46 A pesar de que esta Constitución trata de incorporar a las masas populares, trabajadores asalariados, indios y campesinos a través de los senadores funcionales que los representen en el Congreso Nacional, mantiene sin embargo la prohibición del voto a los analfabetos, que para el año de 1930 sumaban el 65% de la población, e impone varios otros obstáculos como el registro y el pago de tasas. Cf. Rafael Quintero: *El mito del populismo en el Ecuador*, Quito, FLACSO, 1980. Sostiene este autor que el voto femenino fue una estrategia para reforzar el número de votos de la clase alta, cuyo contingente femenino era letrado, contra el de las crecientes clases bajas; de allí que se mantuvieron las otras restricciones.

los seguros sociales de enfermedad, maternidad, vejez, viudez, orfandad, desocupación, riesgos del trabajo e invalidez. También autorizó al Estado para asumir directamente la prestación de los servicios públicos. El aporte más significativo de la Constitución de 1946 fue incorporar el concepto de desarrollo regional en beneficio de las zonas deprimidas o más atrasadas del territorio nacional.

La Constitución de 1967 consagró los derechos económicos y culturales; por primera vez mencionó y proveyó de garantías a los partidos políticos para su existencia y funcionamiento, reestableció y reformó la Corte Suprema, promovió las audiencias públicas y estableció las bases para la selección por méritos de sus jueces —a pesar de que la idea central con que fueron concebidas estas reformas fue únicamente la de restringir la autoridad del Ejecutivo, crear medios de control y demandas al abuso de su poder y repartirlo con el Poder Legislativo.

La participación de los partidos políticos y el desarrollo de las instituciones políticas estuvieron limitados bajo el régimen militar de 1972 a 1978.⁴⁷ La primera mitad de la década de los setenta corresponde al auge del petróleo y se caracteriza por ser un período de expansión económica, ampliación de los servicios del gobierno y desarrollo de la infraestructura. Gracias a este auge petrolero que fue manejado por el Estado, éste se pudo independizar de los sectores agroexportadores. Por una vía distinta y tardía⁴⁸ fue posible articular un modelo “estatal nacional y además tipo desarrollista”, por el que el Estado se convirtió en el principal agente promotor de la economía. Además de la nacionalización del petróleo, se fortalecieron a las instituciones militares, se crearon empresas de suministros y se invirtió también en armamento de defensa. El Estado creó asimismo sus propias empresas⁴⁹ y promovió además un crecimiento significativo del aparato administrativo y, consecuentemente, también de la tecnoburocracia. En el plano social, se contribuyó a rebajar los altos índices de analfabetismo y de mortalidad infantil, y, a través de las obras de infraestructura, a mejorar los estándares de vida de la población. Como medidas progresistas y modernizadoras, se crearon inclusive algunas organizaciones “democráticas”, como la Cámara de Industrias,

47 Entre 1972 y 1979 hubo dos dictaduras militares que no alcanzaron los rasgos represivos de las dictaduras del Cono Sur latinoamericano; incluso fueron de tipo “reformista”, puesto que fue el Triunvirato Militar quien inició el “proceso de reestructuración jurídica del Estado”. En vez de convocar a la típica Asamblea Constituyente para regresar al sistema constitucional, se convocó a un referéndum sobre dos proyectos. Para las elecciones se introdujo el sistema de doble vuelta, sobre la base de la institucionalización de los partidos políticos.

48 El desarrollo capitalista fue posible por el crecimiento de la burguesía. En el Ecuador, la burguesía creció amparada por el Estado.

49 En 1991, la SENDA registraba un total de 167 empresas estatales (excluyendo las propiedades agrícolas, educativas y de salud), de las cuales sólo 72 son de capital únicamente estatal y el resto es de capital mixto. Bajo el control directo de las Fuerzas Armadas se encuentran 29, con lo cual se puede concluir que la incidencia en la economía nacional es baja, con una proporción del PIB de apenas el 10%.

Comercio y Agricultura, y se dio paso a la creación de nuevas leyes de fomento industrial y agropecuario. El recorte de los derechos democráticos y la represión sobre todo a las agrupaciones de trabajadores, como la eliminación del derecho a la huelga,⁵⁰ sólo lograron incrementar la tensión social y permitieron la consolidación de los frentes sindicales. Sin embargo, en el proceso de “desarrollo y modernización”, aunque fuera como una necesidad inherente a él, varias áreas se vieron respaldadas con la creación de nuevas leyes y reformas legales, con las cuales también se benefició el sistema judicial.⁵¹

La Constitución de 1979, aprobada por referéndum, fue la herramienta con la cual se retomó la democracia.⁵² Ésta consagró, además de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales del Estado social de Derecho aprobados por la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁵³ Por primera vez se reconoció el derecho al voto a los analfabetos y se restableció, como hemos visto, el Tribunal de Garantías Constitucionales con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos inalienables consagrados en la Carta. Cabe mencionar que, en la práctica, la consecución de estos derechos está estrechamente relacionada con condiciones económicas, sociales y culturales. Mientras los derechos civiles y políticos son de orden jurídico, instaurados por decisión política de los órganos de poder público, reconocidos y garantizados por los Estados e inmediatamente exigibles, los derechos económicos, sociales y culturales —que forman parte de lo que en la doctrina de los derechos humanos se conoce como *derechos de la segunda generación*, de acuerdo con la clasificación cronológica— dependen del orden social y de la distribución de los bienes; pero ello no significa que carezcan de exigibilidad o que sean “sólo exigibles” en la medida en que existan recursos para satisfacerlos;⁵⁴ al contrario, su prioridad está jurídicamente definida. El desconocimiento de estos derechos por las administraciones públicas es ilegítimo; su supresión, limitación indebida y la inercia para desarrollarlos constituye una violentación. Consecuentemente, los Estados partes de la Convención están obligados a establecer y poner en práctica prioritariamen-

50 El caso más agudo registrado fue la masacre de AZTRA, el 18 de octubre de 1977.

51 LOFJ, artículo 158. Establécese la Carrera Judicial en la República, y en ella estarán comprendidos los funcionarios y empleados de la Función Judicial. artículo 158. Establécese la Carrera Judicial y, en consecuencia, los derechos a estabilidad y ascenso de los miembros de la Función Jurisdiccional, mientras cumplan con honestidad, idoneidad y capacidad sus funciones. Los ministros de la Corte Suprema estarán protegidos por la Carrera Judicial en todo cuanto sea compatible con lo previsto sobre la Magistratura en la Constitución Política. Quito, a 2 de septiembre de 1974. F. Cnel. Carlos Aguirre Asanza, Secretario General de la Administración Pública (RO 636: 11-sep-74).

52 Ecuador fue el primer país latinoamericano en retomarla.

53 En 1961 se aprobaron dos pactos internacionales: el de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, tras las respectivas ratificaciones.

54 Preámbulo del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; según el cual, “no se puede realizar el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del poder de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos sociales y culturales”.

te todas las medidas políticas de conformidad con los intereses de la infancia y la juventud.

Hasta la fecha, es esta la Constitución que más años de vigencia ha tenido, y fue reemplazada por la de 1998, elaborada por una Asamblea Nacional de mayoría socialcristiana y demócrata popular que logró legalizar el proyecto neoliberal. Se eliminaron las áreas estratégicas y se dio paso a una privatización sin límites, encomendada a la definición de la ley de cada sector. Se reforzó el régimen presidencialista, dándole al Ejecutivo y restándole al Congreso la facultad de resolver sobre el Presupuesto General del Estado, así como también restringiéndole a este último su capacidad fiscalizadora. Algunos sectores sociales lograron introducir sus demandas, como el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de las juntas parroquiales rurales de elección popular. Se reconoce al Estado como pluricultural; se amplían algunos derechos como la defensa de la educación laica, gratuita y científica y la defensa del medio ambiente, y en cuanto a la seguridad social se plantea un modelo combinado de solidaridad con privatización. Para dar solución a todos los escándalos provocados por la corrupción, el Estado asume una función ética; se tipifican los delitos y se crea la Comisión Anticorrupción.

Pese a este marco constitucional, las condiciones económicas del país⁵⁵ evidencian un deterioro progresivo que se inicia con la crisis económica en la década de 1980, agravada a partir de 1986 con la caída del precio del petróleo,⁵⁶ con lo cual el problema de la deuda externa se profundiza. En la primera mitad de los años ochenta, el gobierno democratacristiano toma medidas económicas como “la sucretización”,⁵⁷ que favorecen a las clases dominantes,

55 De acuerdo con los datos que proporciona el Banco Mundial en *Global Development Finance 1997* (Washington DC, 1997), la economía ecuatoriana no ha podido recuperarse a lo largo de las tres etapas que considera como “el antecedente directo de la actual situación de la deuda externa”, iniciadas desde 1975. Como hemos mencionado en el diagnóstico socioeconómico, las soluciones macroeconómicas asociadas al modelo de política económica neoliberal propuestas por Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) a inicios de la década 1980 solamente agravaron la situación del país. A partir de 1975 la deuda externa se ha incrementado a cifras alarmantes: en 1990 fue de aproximadamente \$ 12 billones de dólares, mientras los intereses totales devengados en relación con la exportación de bienes y servicios se contabilizaban a inicios de 1980 en alrededor de \$ 4.167 millones de dólares, en 1990 llegaron a aproximadamente \$ 12.222 millones y para 1996 eran de \$14.700 millones de dólares, lo cual representa un 16,0% que se debe más al crecimiento de las exportaciones que a la disminución de los servicios de la deuda. De acuerdo con los datos que proporciona el Banco Mundial, “veinte países de América Latina y el Caribe pagaron intereses por 174.600 millones de dólares”.

56 <www.bce.gob.ec>. De 35,2 dólares en 1980 a 14 dólares en 1995.

57 Alberto Acosta: *El proceso de “scretización” en el Ecuador*, Alai, 2001. Es el proceso en el cual el Estado ecuatoriano asumió la deuda externa privada mediante el pago en dólares; los empresarios se comprometieron a pagar al Banco Central en sucres, pero manteniendo congelado por tres años el tipo de cambio en 53,4 sucres. El plazo se extendió en el gobierno de Febres Cordero a siete años y se fijó en 46,6 sucres. “En la segunda mitad de los años setenta, la deuda del sector público pasó de 456,5 millones de dólares en 1975 a 2.847,8 millones en 1979. Mientras tanto, la deuda privada experimentó un incremento explosivo de 56,2 millones de dólares al finalizar el año 1975 a 706,3 millones en 1979. El endeudamiento del sector privado, que no había superado los 60 millones hasta 1976, registró un crecimiento inusitado a partir de 1977: en dicho año registró una elevación de casi 57% y en el año siguiente llegó a crecer 452%. Ese mismo año, el sector público aumentó su nivel global de la deuda en un 111%, que representaba apenas un cuarto del ritmo del endeudamiento privado. Al finalizar 1979 la deuda del sector privado alcanzó los 706,3 millones de dólares, con un incremento de 55 veces desde 1971 y de 12,5 veces desde 1975”.

exportadores, banqueros y comerciantes.⁵⁸ En la segunda mitad de la década, el nuevo gobierno de derecha reaccionaria termina consolidando el modelo neoliberal; elimina el control al capital extranjero⁵⁹ y los aranceles al 0% para el comercio con los países andinos, más una reducción del 5 al 20% dentro del marco de la Organización Mundial de Comercio⁶⁰ para el resto de países, lo cual significa fomento del comercio pero también disminución de los recursos del Estado.⁶¹ Además, aumenta los precios de energía estatal e implanta una política de “precios reales” que fomenta la especulación y el abuso de los productores y comerciantes en detrimento de los sectores populares. A todo ello se sumó la violación de los derechos humanos y la libertad de expresión, así como el atropello e irrespeto a otros organismos estatales y grupos organizados de la sociedad, con el pretexto de luchar contra el “terrorismo”.

Los noventa se presentan como los años del cambio. El movimiento indígena⁶² cobra importancia a través de un levantamiento que busca además reivindicaciones políticas. Un gran paro nacional obliga al Gobierno (y a las Cámaras de Agricultura) a revisar la Ley de Reordenamiento del Sector Agrario, aprobada en el Congreso, a través de la cual se pretendía, entre otras cosas, eliminar la reforma agraria, la función social de las tierras comunales y privatizar las aguas. Se implementan nuevas reformas económicas y estructurales⁶³ neoliberales; se eliminan los subsidios y por consiguiente se

58 Alberto Acosta: *La deuda eterna*, Quito, 1990, p. 379. La sucretización significó para el país una pérdida de 1 billón trescientos mil dólares. Los 100 mayores deudores, que son únicamente el 0,8% del total, concentran el 46,5% de la deuda sucretizada. La mayor parte de esta deuda salió a bancos e inversiones en el extranjero y, lo peor de todo, el círculo del negocio se cierra en los grupos financieros, puesto que no es raro encontrarlos entre los beneficiarios canjeadores y tenedores de papeles de deuda.

59 <www.hoy.com>, 1-6-1997. Como un ejemplo algo singular del alcance de estas medidas, se refiere al convenio bilateral entre Estados Unidos y Ecuador sobre los derechos de propiedad intelectual, firmado el 15 de octubre de 1993 a través del cual se permite a las empresas extranjeras patentar libremente especies de la flora ecuatoriana. En 1994 dos agrónomos de la Universidad del Estado de Colorado patentaron el macho estéril de tipo apelawa o *Chenopodium quinua* y cualquier derivado, no porque la hubieran creado sino porque la recogieron de manos de los agricultores del páramo andino. Nestlé, por su parte, patentó el método para cocinarla más rápidamente. Más evidentes son los efectos que se dan a través del ingreso de capitales para el “lavado de dólares” y la repatriación de las utilidades, así como la carencia de controles o reglamentaciones afines, como en el caso de las empresas extranjeras vinculadas a la explotación petrolera.

60 <www.wto.org>.

61 Todas estas medidas tienen por objetivo darle un nuevo rol al Estado: siguiendo el “modelo empresarial”, propiciar el desarrollo económico. No sólo hubo un respaldo de los sectores empresariales sino que sus altos dirigentes y personalidades ligadas a las principales Cámaras pasaron a ocupar los ministerios y los organismos de conducción económica del Estado.

62 <www.conaie.org>. Durante la década de los ochenta, las iglesias tanto católica (CONAIE-1986) como evangélica (FEINE) participaron en el proceso de organización indígena. Se estima que la CONAIE representa el 70% del movimiento indígena organizado, que cuenta con organizaciones regionales como la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía (CONFENIAE), Ecuador Richarimui en la Sierra (ECUARUNARI) y Confederación de Organizaciones Indígenas de la Costa (COICE).

63 Algunas de las leyes de modernización del Estado que se readecuaron para implementar las políticas neoliberales, hacer posible el pago de la deuda externa y cumplir con los requerimientos de las cartas de intención del FMI fueron: la Ley de Reordenamiento del Sistema Financiero, la Ley de la Corporación Financiera Nacional, Ley de Hidrocarburos, Ley de Telecomunicaciones, Ley de Régimen Eléctrico, Ley de Valores, flexibilización del Código Laboral y reformas al Banco Central.

elevan los precios de la gasolina y del gas. La política de “modernización” del Estado conduce a su reducción; se da una oleada de privatizaciones de las empresas y servicios de las áreas estratégicas, como electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones, y además se impulsa el despido masivo de los trabajadores del sector público.⁶⁴ Estas medidas abatieron la inflación,⁶⁵ pero a costa de mayor desequilibrio y profundización de la brecha entre ricos y pobres. El desempleo aumentó y consecuentemente se incrementaron también los índices de criminalidad.

En mayo de 1996, el nuevo proceso electoral posibilita la participación de los independientes,⁶⁶ con lo cual se permite el ingreso en la vida política a varios movimientos de diversos sectores populares que logran conformar el Movimiento Plurinacional Pachakutic-Nuevo País y participar en las elecciones a nivel nacional. El 5 de febrero de 1997, los movimientos sociales convocan a un paro general al que se suman distintos sectores económicos, sociales y políticos de diversas tendencias, para destituir por “incapacidad” al gobierno populista instaurado seis meses atrás con el apoyo de los sectores más pobres y los más empobrecidos del país. Esta coyuntura permitió a los partidos políticos fortalecerse al traducir e institucionalizar parcialmente la demanda de los grupos organizados de la sociedad civil por un cambio en la reforma de la Constitución en términos de globalización neoliberal “con rostro humano y social”.⁶⁷

El Gobierno demócrata popular electo en 1998 logra aparentemente superar la vieja contradicción entre la oligarquía agroexportadora de la Costa y la moderna burguesía empresaria de la Sierra a través de un acuerdo⁶⁸ entre los grupos financieros; y además, con el apoyo de los prominentes grupos políticos de control de las instituciones democráticas, asegurar la gobernabilidad en el nivel nacional y tratar de eliminar la tradicional pugna de los poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo. A pesar de que con ello se creó una supuesta mayor estabilidad política, la crisis económica no pudo ser

64 Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional (OSIDI), antigua Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo (SENDA). En agosto de 1998 había un total de 550.000 empleados públicos entre el servicio activo y jubilados; se prevé que hasta el año 2003 habrá 60.000 empleados menos. Las compras de renuncia, la terminación de relaciones laborales por reestructuración o supresión de partidas de ciertos organismos estatales pretendían volver al Estado más ágil y eficiente; lamentablemente no existen también datos oficiales que demuestren una efectiva reducción del tamaño del Estado, para no confirmar que lo único que se ha logrado es crear nuevas cuotas para llenarlas con los compromisos políticos de los gobernantes de turno.

65 <www.bce.gob.ec>. Los índices de inflación de 1992 llegaron al 60%; mientras para 1995 se fijaron en 22%.

66 Disposición constitucional aprobada en plebiscito de agosto de 1994.

67 Alejandro Moreano y otros: *Reforma del Estado*, Quito, 1993.

68 <www.vistazo.com>. En 1998 Nebot (PSC) renuncia a la candidatura presidencial. El Partido Conservador y el Frente Radical Alfarista apoyan esta alianza. A pesar de la destitución de Abdalá en 1997, el Partido Roldosista vuelve a recuperar su fuerza política y logra captar el 17,81% de las votaciones a diputados nacionales, situándose como tercer bloque parlamentario.

contenida. El sistema financiero estaba totalmente debilitado:⁶⁹ hubo cierre de bancos⁷⁰ y congelamiento de los depósitos bancarios; la hiperinflación promedio llegó al 43,37%; el sucre se depreció en 355,53%; el tipo de cambio del dólar, que en el primer trimestre de 1999 fue de 10.000 sucres, llegó a ser de 25.000 sucres en enero del 2000, es decir que en los últimos doce meses perdió más del 70% de su valor frente al dólar.⁷¹ El 9 de enero del 2000, el presidente anunció la “dolarización”, nuevamente con el visto bueno de los grupos de poder, que veían salvado su capital.⁷² Esta medida, calificada por los medios como “hábil maniobra de supervivencia política”, debido a la desconfianza que había adquirido la administración, provocó la ira popular. Los sindicatos, la burocracia, la Iglesia, los indios, el país entero se mostraba opuesto al régimen de Mahuad. El 20 de enero, más de ocho mil indios marcharon sobre Quito con la consigna de la CONAIE de exigir la salida del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial. El 21 ocuparon el Palacio Legislativo, sede del Congreso, el Palacio de Justicia, y anunciaron la toma del Palacio de Gobierno, sede del Ejecutivo. Se constituyó una Junta de Salvación Nacional que finalmente entregó el mando al Vicepresidente en el Ministerio de Defensa.

La primera decisión del nuevo mandatario es mantener la dolarización y estabilizar la economía siguiendo el programa de austeridad dictado por el FMI. La deuda externa pública representa el 60% del PIB; del monto total del presupuesto nacional para el año 2000, aproximadamente 4.448 millones de dólares, 2.414 millones (el 54,3%) están destinados a pagar intereses y capital de la deuda pública externa e interna, en contraste con el presupuesto desti-

69 La situación de los bancos era insostenible; de un total de 46, cerraron 16. El gobierno, subordinado a las fuerzas de los grupos de poder y los compromisos políticos, se empeñó en un “salvataje” de la bancocracia; era evidente que, además del temor a una crisis financiera y bancaria generalizada, luego de que ya en marzo de 1999 había decretado el congelamiento de los depósitos bancarios (3.000 millones de dólares) por un año, estaba protegiendo y socapando a unos cuantos banqueros corruptos que inclusive no habían remitido los dineros de impuestos al fisco siendo agentes de retención. Por citar un ejemplo, la reestructuración de Filanbanco y otras instituciones que se encuentran en la AGD le cuestan al Estado 900 millones de dólares, es decir, un 4,5% del PIB.

70 No es nada sorprendente que tras cinco años de recesión y una elevada inflación con altas tasas de intereses (34%), el promedio de la cartera vencida en el sistema sea del 10%. La Ley General de Instituciones Financieras permite a la banca conceder créditos vinculados de un 30% del capital técnico y hasta un 60% con garantías adecuadas. Otra más de las curiosidades de las maniobras políticas: la Ley que creó la Agencia de Garantía de Depósitos, hecha con el asesoramiento del Banco Mundial, disponía explícitamente que cuando un banco entraba a la AGD, todas las empresas que habían obtenido créditos vinculados debían pasar también a ser controladas; el Congreso Nacional cambió la Ley. La banca ha crecido sin control adecuado a costa de los privilegios concedidos por el propio Estado.

71 Pablo Lucio Paredes: *El libro de la dolarización: lo que todos deben saber*, Quito, 2000. “El gobierno anuncia la dolarización. Sin mucho ánimo, sin preparación, como única alternativa al descontrol de precios y a la elevada recesión”. El cálculo del tipo de cambio de 25.000 sucres por dólar para la dolarización es pues muy sencillo: la cantidad de sucres de la economía, igual a 22 billones de sucres, dividida por la cantidad de dólares que tiene el Banco Central, 950 millones de dólares, es igual a 23.000 sucres por dólar.

72 Los antecedentes de la dolarización se encuentran ya en 1995, cuando se aprobó la Ley de Instituciones del Sistema Financiero durante el régimen de Durán Ballen, que posibilitó la apertura de cuentas bancarias en dólares, con lo cual la mayoría de las transacciones de bienes y servicios se realizaba con el referente de la divisa dólar. En 1998, la titular de la Cámara de la Pequeña Industria planteó esta solución para enfrentar la debacle de la economía nacional; con su propuesta decía que “pretendía impedir que los salarios de los trabajadores continuaran pulverizándose, mitigar la desesperación ciudadana, evitar el incremento desmesurado en un mismo día del precio del dólar, la fuga de capitales al exterior y el congelamiento de los depósitos”.

nado al gasto social, que llega apenas al 18%. En enero del 2001 se vuelven a subir las tarifas de los servicios públicos y del IVA.⁷³ Los efectos sociales percibidos no han cambiado, como lo demuestra la tasa de desempleo, que para mayo del 2001 llegó al 10,6%, y de subempleo, que llegó al 50,9%, pese al constante y masivo flujo migratorio⁷⁴ registrado en la última década.⁷⁵ Las estadísticas señalan que 80 de cada 100 ecuatorianos viven en condiciones de pobreza.

El 15 de enero del 2003 asume la presidencia el dirigente y fundador del Partido Sociedad Patriótica 21 de Enero,⁷⁶ con el respaldo del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País.⁷⁷ Antes de iniciar su mandato, e inclusive antes de la segunda vuelta electoral, mantuvo contactos con los principales actores sociales ecuatorianos e inclusive viajó a Estados Unidos para entrevistarse con inversionistas, banqueros y representantes del FMI, a fin de asegurar un préstamo de contingencia por 240 millones (que no pudo consolidar el presidente saliente debido a la falta de apoyo del Congreso) y confirmar que seguiría la política de austeridad recomendada. Los ejes de su programa son el combate a la corrupción a través de reformas; reducir

73 Desde un principio, la dolarización estuvo contaminada por la polémica de la inflación. Por un lado el Gobierno dijo que el nuevo modelo beneficiaría a los consumidores porque, al eliminarse la devaluación del sucre, el ritmo de crecimiento de los precios se ubicaría a niveles internacionales. Sin embargo, las cifras oficiales del Banco Central del Ecuador (BCE) señalan que el país cerró el 2000 con el 91,0% de inflación. De hecho, durante los 17 meses de dolarización la inflación acumulada es del 105,93%. Es decir que los productos cuestan más del doble que lo que costaban en diciembre de 1999.

74 El fenómeno migratorio que existe en la actualidad no tiene precedentes; la población migra huyendo del desempleo y de la pobreza. Sin contar con los efectos secundarios que provoca la migración, éstos se van arriesgando inclusive su vida y poniendo en mayor riesgo la economía de sus familias, para pagar desde siete a doce mil dólares a traficantes, coyoteros que les aseguran inclusive la falsificación de documentos con el fin de llegar a su destino. Solamente de enero a julio de 1999 un total de 125.170 ecuatorianos salieron del país; de los cuales 604 fueron deportados. El negocio de la migración se ha institucionalizado. La compañía Iberia aumentó la frecuencia de sus vuelos; transporta a 1.200 personas por semana. No contamos con cifras que muestren el monto del capital que entra en circulación, pero una idea podemos tenerla cuando revisamos las noticias de prensa nacional e internacional: Efe, 11/5/2002, 5:18:14 PM: "La Caixa de Ahorros y Pensiones de Barcelona (España) y el Banco Solidario de Ecuador firman mañana en Madrid un acuerdo de asociación para operar en la administración de las remesas que envían los emigrantes ecuatorianos radicados en España. Así lo informó hoy a Efe el Banco Solidario en Quito. Más de 4.400 oficinas repartidas por toda España, 6.800 terminales de autoservicio bancario y una gran red de medios de pago de La Caixa son algunos de los 'beneficios con que contarán los emigrantes ecuatorianos' a partir de noviembre. El Banco Solidario y su red de cooperativas en Ecuador facilitará los pagos de transferencias que hagan los emigrantes desde España. Este convenio, indicó la fuente, 'brinda la oportunidad al emigrante de administrar su dinero desde España, pueden adquirir vivienda, formar capital para creación de microempresas, acceder a créditos para estos fines y la financiación de viajes' por parte de la entidad ecuatoriana.

75 «www.utopia.pcn.net». Paradójicamente, "el aumento de la emigración fue pilar fundamental en Ecuador para la reactivación económica y la disminución del desempleo. Las remesas enviadas a Ecuador por los emigrantes sumaron 1.425 millones de dólares el año pasado, 100 millones más que en 2000 y 400 millones más que en 1999, un aporte de divisas sólo superado por las exportaciones petroleras, según datos del Banco Central. El oficial Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) constata que casi un millón de los 12,5 millones de habitantes que tenía en Ecuador en 1999 se radicaron en el exterior entre ese año y 2000, un récord en América Latina.

76 El nombre del Partido se lo debe a la fecha en la cual se dio el golpe que derrocó al presidente Mahuad y que creó un triunvirato que apenas duró tres horas, compuesto por dos civiles —Carlos Solórzano, ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, y Antonio Vargas, máximo dirigente de la CONAIE— y el general Carlos Mendoza, quien luego de forzar a Lucio Gutiérrez a declinar su posición y unirse a la revuelta, renunció estratégicamente para dar paso al "orden democrático".

77 Para pasar a la segunda vuelta electoral, Gutiérrez pactó el respaldo de la CONAIE y de otras organizaciones y sindicatos, además de alianzas con los partidos políticos de izquierda, el Movimiento Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País (coordinado por Miguel Llucu, militante de la CONAIE), el Movimiento Popular Democrático (MPD), de tendencia marxista, y el Partido Socialista Ecuatoriano-Frente Amplio, de extrema izquierda; pero el acuerdo se rompió casi con todos ellos.

la pobreza creando fuentes de trabajo en el sector agropecuario, turístico y minería; afianzar la seguridad en cinco áreas: seguridad social, ciudadana, jurídica, ambiental y alimentaria; en el plano económico, mejorar la competitividad del país invitando a inversionistas nacionales y extranjeros para concesionar proyectos hidroeléctricos; bajar las tasas de interés mediante la rebaja de la inflación a través de austeridad fiscal y fomento en la producción; y, por último, reducir algunos impuestos y los trámites burocráticos que desalientan la competitividad. Luego de tres años de dolarización, la crisis económica del país no se ha solucionado, sólo se ha dilatado, y presenta los mismos índices de pobreza y migración. El nuevo gobierno tendrá que negociar alianzas, bien como lista conjunta, o bien concurriendo por separado. A pesar de que los partidos políticos tradicionales perdieron las elecciones presidenciales, siguen siendo la mayoría en el Congreso.⁷⁸

La situación que hemos expuesto es el resultado de algo más de dos décadas de democracia en el país. El nuevo mandatario tiene que enfrentar una situación similar a la de otros mandatarios de la región. Sus promesas son muy parecidas o idénticas: “luchar contra la corrupción y la pobreza rampantes”. La propuesta que han hecho los mandatarios latinoamericanos se resume en el informe final presentado en la Cumbre de las Américas, en el cual se planteó que la gobernabilidad en los países debe ser impulsada mediante el fortalecimiento de un “Estado facilitador”, regulador, orientador y que fomente los acuerdos entre los actores sociales y los políticos, que impulse su participación en la sociedad civil y en la toma de decisiones, dentro de un marco legal y normativo que sea respetado por todos los sectores. Asimismo, consideran que es importante fortalecer los sistemas de administración de justicia, con el fin de lograr mayor transparencia y democracia en el manejo del Estado y de las relaciones entre los agentes económicos y los actores sociales.

Concentrándonos en nuestra realidad nacional, existen acontecimientos sui géneris con respecto a otros países de la región. La historia reciente es una pequeña muestra de ello. La institucionalización de los partidos los convirtió durante las dos últimas décadas en el centro de la actividad política, lo que dio como resultado una clase política privilegiada, una partidocracia que se ha caracterizado por extender su poder hacia la burocracia y los sindicatos más poderosos del país o para ejercer presión sobre otros grupos de intereses. Por ello, la sociedad civil se siente marginada y se ha vuelto más crítica. Son las rebeliones ciudadanas las que derrocaron a los gobiernos de Abdalá Bucaram Ortiz y Jamil

78 De los 100 candidatos presentados, el PSP y el MUPP-NP sólo lograron 13 escaños; entre ellos está, por Pichincha, la primera dama de la República. El partido con mayor número de diputados es el PSC; oficialmente no apoyó a ninguna de las dos candidaturas finalistas, pero su ideología se inclina más por Álvaro Noboa, del Partido Renovador Institucional Acción Nacional. Otro bloque importante es la Izquierda Democrática, que tampoco apoyó a ninguno de los dos candidatos, y el PRE, que apoyó a Gutiérrez en la segunda vuelta.

Mahuad Witt. Han surgido en la escena dos actores sociales y políticos: uno nuevo, los indios, cuya irrupción marca un hito en el proceso democrático ecuatoriano; el otro son las Fuerzas Armadas, cuya presencia en el desarrollo del Ecuador ha sido históricamente central.

A diferencia de otros países latinoamericanos, las Fuerzas Armadas en el Ecuador, a través de varias actividades que realizan tanto en el servicio militar como en su preparación profesional y académica,⁷⁹ tienen estrecho contacto con los sectores y los pobladores más marginados del país. Esta característica ha influido directamente no sólo sobre los últimos acontecimientos sino en el desarrollo del sistema político y de la economía nacional. Este golpe, que al parecer resultó porque Mahuad no tuvo el respaldo oportuno de los altos mandos de las Fuerzas Armadas, terminó convirtiéndose en un movimiento social que se puede calificar de “rebelión nacional sin derramamiento de sangre”, pero capaz de revocar el mandato de un gobierno democrático.

Desde la perspectiva institucional, este hecho que rompió con los órdenes jerárquicos de la institución nos recuerda que, pese a todo, existe presión internacional por tratar de evitar la “solución militar” en la región. Al mismo tiempo, nos hace evidente la falta de liderazgo y el desprestigio de la clase política, que ha llevado a un debilitamiento de la institucionalidad democrática y revela su incapacidad para resolver los problemas de un régimen constitucional sin tener que recurrir a las Fuerzas Armadas. La presencia de éstas no es un factor coyuntural, sino un factor histórico y estratégico, puesto que se trata del único actor con capacidad institucional, prestigio y confiabilidad por parte de la ciudadanía, y que, por otra parte, provee certidumbre en el sistema. En él deben mantenerse fuera de la actividad política, cuidando el orden democrático, respetuosos del proceso de globalización de la economía y de las acciones contra el narcotráfico.

La aparición del indigenado en la escena política consolida la necesidad de democratizar el poder y de descentralizarlo, incluyendo a esta clase históricamente marginada y excluida casi por completo del esquema estatal de desarrollo económico. Fueron los indios quienes frente a esta situación sintieron la necesidad de plantear un Estado plurinacional,⁸⁰ como una estructura político-administrativa descentralizada que no sólo removi­ó los conceptos de Estado-nación y de democracia, sino inclusive los de identidad

79 Los integrantes de las Fuerzas Armadas reciben una preparación académica integral, tienen una de las mejores universidades a nivel de Latinoamérica, participan en foros internacionales en temas de desarrollo y fomento. Los militares que participaron en el golpe del 21 de enero eran oficiales “brillantes”, graduados con primeras antigüedades, director uno de la Escuela de Perfeccionamiento de Oficiales, otro de la Academia de Guerra, otro asesor del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, a los cuales se les unieron 500 oficiales de la Politécnica del Ejército.

80 Véase nuestra referencia a la Constitución de 1988. Se reconoce al Estado como pluricultural y multiétnico, y se incorporan además, por primera vez en la historia ecuatoriana, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT.

cultural. Desde el levantamiento de 1990, el movimiento ha cobrado fuerza estratégica; institucionalizado desde 1995 en Pachakutik, ha ido adquiriendo cada vez mayor capacidad de convocatoria a escala nacional. Presente ya en el Congreso y en algunas administraciones locales, sus propuestas van más allá de sus intereses sectoriales: cuestionan los límites de la democracia restringida a la participación electoral,⁸¹ que favorece a unos cuantos corruptos. Su planteamiento de conformar un parlamento indio inquieta a otros sectores de la sociedad y da lugar a la constitución del actual Parlamento de los Pueblos del Ecuador, desde donde se trata de ampliar el espacio de generación de propuestas alternativas, con argumentos legales y constitucionales como el de convocar a un plebiscito en el que todos los ecuatorianos se pronuncien.⁸² Para el movimiento indígena, el resultado de las últimas elecciones presidenciales constituye un reto y tal vez el camino para la realización de sus propuestas y programas desde dentro del gobierno. Por supuesto, tendrá que confrontar con todos los sectores de intereses que sin duda presionarán para alejarlo de las bases sociales que lo llevaron al poder.

El Ecuador ha recobrado nuevamente su institucionalidad democrática. Según las encuestas difundidas por la prensa nacional, 71% de la población ecuatoriana apoyó la movilización indígena; pero, aunque un 80% pedía la salida de los congresistas, contradictoriamente el mismo número defendía el orden constitucional.

4. Iniciativas del proyecto y reformas a la Constitución Política de la República de 1996

A casi dos décadas de vigencia de la Constitución Política de 1978 y de ejercicio de vida democrática, recién empiezan a confluir las inquietudes de reformar parcialmente dicha Constitución en términos estructurales. Los argumentos aluden sobre todo a la inoperancia de ciertos organismos estatales, a la ineficacia de los órganos de control judiciales, administrativos y constitucionales y al estancamiento en el desarrollo económico. Como efecto inme-

81 Como señalaba el editorialista Javier Ponce: "La democracia en el Ecuador es una democracia sin ciudadanos, sin participación de las gentes por más allá del mecánico acto electoral. Los indios quisieron participar allí donde no había espacio histórico para ellos. Forzaron a esa democracia estrecha, quisieron cambiarla en los hechos desde su interior". Y continúa con su opinión del desenlace de los hechos de lo acontecido el 21 de enero. "Cayeron en la trampa del 'despropósito' y no recurrieron a su tradicional capacidad y paciencia para negociar todo, como sólo puede negociarlo quien no tiene nada, porque le han despojado a lo largo de los siglos".

82 El 13 de febrero, los periódicos informaban sobre las cinco preguntas que planteaba la CONAIE: cese de funciones de los miembros del Congreso Nacional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura; libertad y archivo de las causas en contra de los militares, policías y civiles que participaron en el movimiento del 21 de enero; ratificación de la revocatoria del mandato de Mahuad y la salida inmediata de cualquier fuerza militar extranjera que se hallara operando en el país; devolución inmediata de los fondos congelados; y rechazo a la dolarización y a las privatizaciones; además planteaba un control de cambios y el no pago de la deuda externa.

diato, varios problemas sociales aquejan a la estructura social: la corrupción, la violación de los derechos humanos, el abuso del poder, los linchamientos y la justicia por mano propia imponiendo la ley del talión. Es entonces cuando, bajo la presión sobre todo de los movimientos y organizaciones sociales y de diversos partidos políticos, el Ejecutivo toma la iniciativa de convocar a la ciudadanía para reformar la Constitución. Con este fin se conforman comisiones especiales de estudio y de preparación de proyectos que abarcan tanto a los grupos organizados de la sociedad civil como a los organismos oficiales designados por el Ejecutivo.

En 1995, durante el gobierno de Sixto Durán Ballén, se formaron dos Comisiones de Estudio para proponer las reformas a la Constitución de la República, una oficial, nombrada por el Gobierno, y otra que agrupó a algunos sectores de la sociedad civil y ONG. Entre varias reformas, el informe final presentado sugirió que se incluyera la adopción de la figura del Defensor del Pueblo (artículo 96, capítulo VI de las “Garantías de los derechos”).

Paralelamente, dentro del Congreso Nacional, algunas comisiones ya venían tratando el tema de las reformas constitucionales. Se dio lectura al proyecto elaborado en octubre de 1994, y el primer debate se realizó en los meses de noviembre y diciembre del mismo año y enero de 1995. El segundo debate se llevó a cabo el mismo mes. Reunido el Congreso en pleno el 15 de mayo de 1995, se allanó al dictamen desfavorable presentado por el Presidente de la República al artículo 9, segundo innumerado, y al artículo 7, segundo innumerado, que trataba sobre la creación de una sección II (“De las garantías de los derechos”) en el título II (“De los derechos, deberes y garantías”) en el cual estaba incluida la creación de la Defensoría del Pueblo y la creación de una sección VIII denominada “De la consulta popular”. En el primer y segundo debates llevados a cabo el 16 y 17 de mayo de 1995, se ratifica el texto de los artículos 7, innumerado primero, y 16, último inciso de la sección II, § I, “De la iniciativa”. El Congreso, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expidió las reformas que fueron publicadas en el Registro Oficial n° 863, del martes 16 de enero de 1996. El texto, que apenas difiere al de la Constitución vigente de 1998, reza así:

De la Defensoría del Pueblo. Artículo [...] Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar los recursos de Habeas Corpus y de Amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; y ejercer las demás funciones que le asigne la Ley. Gozará de autonomía política, económica, administrativa y de inmunidad en los mismos términos que los diputados del Congreso Nacional.

El Defensor del Pueblo será elegido por el Congreso Nacional en pleno, con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros.

Para desempeñar el cargo se precisa reunir los mismos requisitos que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.⁸³

5. Propuestas de Ley Orgánica

Una vez aprobadas la reformas constitucionales que crearon la Defensoría del Pueblo, varios sectores sociales organizados y grupos políticos se interesaron también en gestionar una ley orgánica para regular la organización y funcionamiento de la nueva institución, para lo cual presentaron al Congreso sus propuestas.

Varias fueron las ideas recogidas de las diferentes organizaciones sociales, pero sobre todo quienes pusieron más interés en presentar el proyecto de ley fueron las organizaciones de derechos humanos que por intermedio del diputado Miguel Lluco Tixe, de Pachakutic-Nuevo País, ingresaron el proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo por Secretaría del Congreso en septiembre de 1996. Quince organizaciones de la sociedad ecuatoriana —como el Frente Ecuatoriano de Derechos Humanos, la Coordinadora Política Nacional de Mujeres, la Asociación Cristina de Jóvenes, el Movimiento Ciudadano, el Comité de Apoyo a Refugiados y Desplazados por la Violencia, el Comité de Familiares contra la Impunidad, la Federación de Barrios de Guayaquil, la Agencia Latinoamericana de Información y Red Hermandad y Solidaridad— elaboraron el proyecto con el auspicio de varios legisladores de diferentes bloques legislativos.⁸⁴

La exposición de motivos de este proyecto destaca lógicamente la tarea que el Defensor del Pueblo ha de observar por “promover el conocimiento, respeto y observancia de los derechos humanos: individuales, colectivos y de los Pueblos, así como para prevenir su violación excitando a los poderes públicos y a los ciudadanos en general para que los respeten y los defiendan de cualquier desconocimiento”.⁸⁵ De singular importancia en la propuesta resulta el artículo 4, sobre la fórmula de elección del Defensor del Pueblo “de una terna enviada por un colectivo de organizaciones sociales que estará constituido por un representante de cada uno de los siguientes sectores: derechos humanos, mujeres, niños, ambientalistas, afro-ecuatorianos, indígenas, trabajadores e Iglesia”, puesto que en ella se pretendía abarcar los dere-

83 Oficio n° 7223-PCN-95 enviado por la Secretaría General del Congreso Nacional al director del Registro Oficial.

84 Otro proyecto que también se difundió ampliamente fue el elaborado por el Dr. Marco Proaño Maya. Por otra parte, Comisión Legislativa de lo Civil Penal había actuado como receptora y a la vez gestora de inquietudes dentro de los bloques políticos que la conformaban.

85 Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, preparado por las organizaciones de Derechos Humanos, conjuntamente con otras organizaciones de la sociedad ecuatoriana, Quito, 6 de septiembre de 1996.

chos y objetivos de todos los grupos organizados de la sociedad civil y en cierta forma tener una suerte de representante directo de los varios intereses que se recogen dentro del parámetro de derechos fundamentales. El período que se propone de duración del cargo es de cinco años, con posibilidad de reelección por una sola vez; esta disposición lleva implícito el propósito de garantizar su independencia al no hacer coincidir su período de mandato con los de los poderes del Estado, y, de otra parte, evitar que se haga un cacicazgo del cargo. Entre los requisitos, “se precisa además ser una persona de probada solvencia moral, independiente de toda filiación partidista o de movimientos electorales durante los dos últimos años anteriores a su elección”.

En los textos de los artículos 2 y 3 de las funciones del Defensor, esta idea de observancia de los derechos humanos se reitera; además, se le encarga al Defensor elaborar, aprobar y ejecutar la política de promoción y protección de los derechos humanos y prevención de su violación; “para ello requerirá la colaboración de cualquier función, dependencia o entidad del sector público o privado y establecerá mecanismos de coordinación con las organizaciones que trabajan en derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional”. Con ello se pretende de igual forma prolongar la participación y la cooperación continua de las organizaciones en la tarea del Defensor. En el capítulo III, “De las facultades y deberes”, artículo 10, que consta de veinticinco numerales, se señalan, entre otras:

Adoptar las medidas urgentes que, en cada caso, estime adecuadas para prevenir o impedir que se consume una violación de los derechos humanos; verificar violaciones a los derechos humanos, discriminaciones por sexo, edad, etnia o deficiencias en la prestación de servicios a través de visitas o inspecciones a cualquier dependencia, organismo o entidad pública o privada, incluso recintos policiales y militares, y solicitar cualquier información al respecto. Hacer observaciones y formular recomendaciones a las autoridades de la Administración Pública, Administración de Justicia, Fuerza Pública o particulares, sobre las acciones u omisiones tendientes a garantizar el efectivo respeto a los derechos humanos, al cumplimiento de los deberes del Estado y a la prestación regular y eficiente de los servicios públicos. Ordenar, una vez verificada la violación, la reparación o el restablecimiento del derecho conculcado y la suspensión de los actos violatorios, en su caso. Intervenir, como parte, en los procesos de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y de las deficiencias en la prestación de servicios públicos. Promover la capacitación, difusión y asesoramiento en el campo de los derechos humanos a través de la elaboración y ejecución de programas jurídicos, educativos, sociales, culturales y comunitarios dirigidos a la Administración Pública, Administración de Justicia, Fuerza Pública, establecimientos educacionales y sociedad en general. Elaborar proyectos de ley o reforma legal relacionados con la promoción, prevención y protección de los Derechos Humanos y viabilizarlos por los canales previstos en la Constitución de la República. Llevar un registro ac-

tualizado de las organizaciones de derechos humanos, mujeres, niños, ambientalistas, afro-ecuatorianos, indígenas, de trabajadores e Iglesia. Informar al Congreso Nacional sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador y de las labores de la Defensoría del Pueblo.⁸⁶

Como es lógico, todas estas atribuciones necesariamente dependían de un requisito fundamental: la autonomía política, económica y administrativa indispensable para su funcionamiento, idea ésta que también enfatiza el proyecto de ley en los varios puntos que fueron recogidos en la versión actual. Merecen ser mencionados también el rol importante que se le otorga al Defensor en el ámbito de la educación y promoción de los derechos fundamentales, en su capacidad legislativa para presentar proyectos de ley, en el control a través de visitas periódicas, en la intervención como mediador y en la capacidad y al mismo tiempo obligación de obtener y de proveer información para su gestión y sobre los resultados de ésta.

Otro proyecto que también hizo eco fue el elaborado por el Dr. Marco Proaño Maya, visto como el de la oposición, puesto que en la parte fundamental de las discrepancias, artículos 3 y 4, comprendía que la elección del Defensor del Pueblo debía realizarse de una “terna enviada por el Presidente de la República” para ser “elegido por el Congreso en Pleno, con el voto de las dos terceras partes, por un período de seis años”, pudiendo “ser reeligido indefinidamente”.⁸⁷ Este proyecto de ley señala como primera función la del patrocinio de los recursos de hábeas corpus y de amparo de las personas que lo requieran. Aunque no deja de ser importante para las garantías de los derechos constitucionales, en el derecho comparado ésta no es la función principal del Defensor. Cabe anotar que en nuestra Ley Orgánica de 20 de febrero de 1997, es justamente éste el orden en el cual se han redactado las competencias del Defensor del Pueblo, que además debe promover o patrocinar también el recurso de hábeas data. A continuación el proyecto también señala como una de las tareas primordiales del Defensor la de defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución Política garantiza, incluidos los derechos humanos. Sin embargo, en comparación con el anterior proyecto, le da más énfasis, aunque sin mayor precisión, a la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de servicios “frente a los actos, excesos, hechos u omisiones de la Administración Pública y de sus funcionarios así como de los particulares que presten servicios públicos”. El artículo 13, numeral 2, congruente con esta disposición reza: “vigilar y supervisar el buen funcionamiento de los ser-

⁸⁶ Ibídem.

⁸⁷ Marco Proaño Maya: *Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, 1996.

vicios públicos, especialmente en lo referente a sus costos y a la prestación oportuna y eficiente de los mismos”.⁸⁸

De este proyecto se acogieron igualmente algunas propuestas y se hicieron otras modificaciones, como aquellas sugeridas de la Comisión Calificadora (Grupo de Análisis sobre el Proyecto de Ley de Defensoría del Pueblo, Pontificia Universidad Católica del Ecuador), que como una alternativa a este proyecto propone una preselección de la lista de candidatos que pasaría al Presidente de la República a través de la Comisión de Asuntos Judiciales del Congreso, la que “invitará públicamente a través de la prensa nacional, a las Organizaciones no Gubernamentales, organizaciones gremiales, sociales y profesionales, que gocen de personalidad jurídica, para que presenten su candidato. La Comisión, dentro de los plazos que señalen los reglamentos, calificará y elaborará una lista cuyo número no podrá exceder de 10, la misma que será enviada al Ejecutivo, para que Éste escoja la terna y envíe al Congreso para su designación”.⁸⁹

Es evidente que esta propuesta no pretendía descartar lo fundamental, que era el sistema de elección a través de una terna enviada al Ejecutivo, invitando a la participación pública a varios sectores de la sociedad; lo único que ocasionaba era más problemas y tardanzas en la designación final, así como falta de transparencia en el proceso de selección. Sin embargo, con respecto a las incompatibilidades y prohibiciones se hace una acotación rescatable cuando, además de prohibir el desempeño de “ningún cargo público ni privado, con excepción de la cátedra universitaria, y una vez terminadas sus funciones”, le prohíbe expresamente al Defensor del Pueblo “participar como candidato a elección popular por un período de dos años posterior a la terminación de su cargo”, ni realizar “actividad partidista, con el fin de evitar que su desempeño como Defensor del Pueblo lo realice con fines políticos”.⁹⁰

Para septiembre de 1996, el Grupo de Análisis de la PUCE contaba con un proyecto que también contemplaba la elección del Defensor a través de una Comisión Calificadora, la que debía presentar la lista de candidatos al Congreso Nacional para su designación; el artículo 3, literal *a*, inciso 2, daba cuenta de la forma como debía estar conformada esa Comisión: “estará integrada por el Presidente del Tribunal Constitucional, quien la presidirá, por el delegado del Presidente de la República al CONAM, por el Contralor General de la Nación y por el Procurador General de la Nación y por el Fiscal General de la Nación. Actuará como secretario, el Secretario del Tribunal Constitucional. La Comisión Calificadora, luego de la invitación pública que efec-

88 Ibidem.

89 Informe del Grupo de Análisis sobre Proyecto de Ley de Defensoría del Pueblo, Propuestas concretas acogidas por la Comisión, artículo 4, 16 de octubre de 1996.

90 Ibidem, artículo 5.

túe, receptará los nombres de los candidatos que presenten cualquier organización no Gubernamental; instituciones de educación superior, gremiales, profesionales, etc. que gocen de personalidad jurídica, calificará a los candidatos y elaborará, de entre estos, la lista correspondiente, la que no podrá tener menos de 3, ni más de 8; los mecanismos para la presentación del candidato, la calificación, exclusiones, plazos y más regulaciones constarán en el Reglamento de la Ley”.⁹¹ El plazo para su elección es de 60 días desde la fecha en que se haya recibido la lista; si el Congreso no lo elige dentro del plazo previsto, se nombrará Defensor del Pueblo al candidato que conste en el primer lugar de la lista. Su mandato durará seis años, pudiendo ser reelegido únicamente para un nuevo período siempre que conste como candidato en la lista que presente la Comisión.

Evidentemente, este proceso de elección resulta sólo más refinado, intrincado y complejo, en su afán por integrar a todos los organismos de control constitucional del Estado y al mismo tiempo al resto de organismos de la sociedad. En lo que respecta a la competencia, consta en primer lugar la capacidad de “conocer todos los actos de la Administración Pública que afecten a los ciudadanos o a las colectividades, entendiéndose como Administración Pública los órganos centralizados y descentralizados, la entidades autónomas, Empresas Públicas del Estado o mixtas, instituciones y organismos seccionales. Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo la administración de Justicia, el Poder Legislativo y los organismos de Defensa y Seguridad, la Procuraduría del Estado, el Ministerio Público, los Organismos Electorales y los Organismos de Control: Contraloría General del Estado, Superintendencia de Bancos y Superintendencia de Compañías; en todo lo relacionado a su función específica; no obstante estos organismos y dependencias deberán proporcionar la información oportuna y completa que requiera el Defensor del Pueblo, cuando se hallen afectados los derechos de los ciudadanos en lo referente a despacho oportuno y a la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas que las rigen”.⁹²

Efectivamente, este proyecto de ley, que cita como función primordial del Defensor la de “excitar a observancia, proteger y defender los derechos de los individuos y la comunidad frente a los actos, excesos, hechos y omisiones de la Administración Pública”,⁹³ con una enumeración taxativa indica cuáles órganos de la administración pública están bajo su competencia; sin embargo descarta el control de algunos de ellos, en cuanto especifica las funciones que le competen; pretende abarcar un mayor ámbito de acción y de

91 Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo preparado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, artículo 3, septiembre 18 de 1996.

92 *Ibidem*, artículo 2.

93 *Ibidem*, artículo 2, *a*.

derechos reconocidos por las doctrinas modernas que también deben ser contemplados dentro de los derechos fundamentales, como el de los “funcionarios y de los particulares que presten servicios públicos a consecuencia de los cuales se violen derechos difusos⁹⁴ de los consumidores”.⁹⁵ Además, entre las competencias primordiales incluye “prevenir o hacer que cesen daños al medio ambiente o cualquier otra clase de perjuicios colectivos” y le confiere la capacidad de “presentar proyectos de ley tendientes a corregir, eliminar o disminuir comportamientos deficientes o ilegales de la Administración Pública”. No descarta tampoco algunas de las sugerencias anotadas ya en los anteriores proyectos, como por ejemplo, la vigilancia y supervisión del “buen funcionamiento de los servicios públicos, especialmente en lo referente a sus costos y a la prestación oportuna y eficiente de los mismos”,⁹⁶ la promoción y divulgación de políticas sobre los derechos humanos, la difusión de los derechos básicos de los ciudadanos, la emisión de informes generales y especiales al Congreso Nacional, la facultad investigativa y mediadora.

Por otra parte, Comisión Legislativa de lo Civil Penal, a la cual le correspondía iniciar el trámite requerido para su conocimiento, había actuado como receptora de otros puntos de vista de la ciudadanía y de organizaciones interesadas en la aprobación de la ley; a la vez, internamente había actuado como gestora de inquietudes dentro de los bloques políticos que la conformaban. Podemos decir que en general existía ya más o menos un criterio formado entre los legisladores, aparte del informe preparado por la Comisión para iniciar el primer debate del proyecto de ley.

6. El Defensor del Pueblo en el Congreso Nacional

El proyecto alternativo signado con números 1-96-006 y 1-96-61, referente a la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, presentado por las organizaciones de derechos humanos fue puesto en consideración del entonces presidente del Congreso Nacional, Dr. Fabián Alarcón Rivera. Siguiendo el trámite constitucional de la formulación de leyes, según lo disponen los artículos 89 y subsiguientes, éste fue previamente remitido a la Comisión res-

94 José B. Acosta Estévez: *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 45. Entiéndese por “interés difuso el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales. [...] En definitiva, se trata de unos intereses carentes de vías procesales específicas encaminadas a su tutela jurisdiccional, por un lado, y referidos a colectivos indeterminados (anónimos), por otro”.

95 Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo preparado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, artículo 2 a, septiembre 18 de 1996.

96 Ibídem, artículo 14.2.

pectiva y a todos los legisladores. La Comisión Legislativa de lo Civil y lo Penal, encargada de tramitarlo, estaba conformada por los diputados José Cordero Acosta, Presidente; Villacreses Colmont, Vicepresidente; Ramiro Aguilar Pozo, Vocal; Gilberto Vaca García, Vocal; José Avilés, Vocal; Mauricio Salem, Vocal; y Tito Nilzon Mendoza, Vocal.

El primer debate del Plenario de las Comisiones Legislativas se llevó a cabo en la sesión del martes 14 de enero de 1997. Al día siguiente, mediante oficio n° 861-DGAL, se devuelve a la Comisión la transcripción mecanográfica del primer debate sin observaciones, a fin de que emita el informe para el segundo y definitivo debate. El 20 de enero del mismo año, mediante oficio n° CLCP-P100, la Comisión Legislativa de lo Civil y lo Penal remite nuevamente el segundo informe, ratificándose en los textos constantes en el proyecto, dado que los honorables miembros del Plenario de las Comisiones Legislativas no sugirieron enmienda alguna. El segundo debate del proyecto de Ley de Defensoría del Pueblo se lleva a cabo en la sesión vespertina del plenario de las Comisiones Legislativas Permanentes el 21 de enero de 1997, y consta como el tercer punto del orden del día. La única observación que la Comisión Legislativa de lo Civil y Penal estimó necesario establecer dentro de las disposiciones generales, a fin de evitar cualquier duda sobre quién o quiénes están legitimados para intervenir en los trámites y procedimientos a los que se refiere esta ley, fue una que dijera: “La intervención del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos y comisionados, se dará sin perjuicio de que los propios ofendidos o perjudicados puedan, por sí mismos, proponer las acciones o interpretar los recursos contemplados en la Constitución y las leyes”. También a criterio de los señores miembros de la Comisión, el proyecto se encabeza con unos considerandos⁹⁷ que recalcan la importancia de constituir la figura del “Defensor del Pueblo como el órgano idóneo para la promoción, tutela y la defensa de los derechos humanos consagrados universalmente en las constituciones de los Estados”. Con todas estas sugerencias se somete a la aprobación, negación o modificación definitiva al Congreso Nacional.

Los artículos 1 y 2 fueron aprobados sin discusión de los diecinueve congresistas que inicialmente estuvieron presentes para dar inicio al debate. El primer pronunciamiento de modificación al informe presentado por la Comisión es hecho luego de dar lectura al tercer artículo, respecto a la elección del Defensor del Pueblo. El diputado Viteri Estévez sugiere que se tome en cuenta a los candidatos de una terna presentada por el Presidente de la República. Se le concede la palabra al diputado José Cordero Acosta, quien argumenta que no se han tomado en cuenta las sugerencias hechas al respecto en algunos proyectos presenta-

97 Congreso Nacional del Ecuador, acta n° 27, 20 de enero de 1997: Segundo debate del Proyecto de Ley de Defensoría del Pueblo, p. 6.

dos para la elaboración del proyecto alternativo, por cuanto el sistema de ternas significa un claro impedimento constitucional. “El proponer ternas se fija en nuestra Carta Política como una potestad o atribución del señor Presidente de la República, en los casos señalados por la Ley concretamente; así se procede para la elección de Procurador, Ministro Fiscal General, Contralor de la Nación, Superintendente de Bancos y Superintendente de Compañías. Y a estos casos está limitada constitucionalmente la facultad del Ejecutivo de proponer las nominaciones, quedando pues, como atribución plena e irrestricta del Congreso Nacional, el elegir al Defensor del Pueblo sin pasar por tamiz alguno de ternas u otros pasos intermedios”.⁹⁸ La Comisión concluye que de esta forma está obrando de acuerdo con la Constitución Política del país. Seguidamente toma la palabra el diputado Raúl Baca, de la ID, quien aduce que, dado el rol que está llamado a desempeñar el Defensor del Pueblo, de cuidar al “ciudadano de lo que puedan ser equivocaciones o abusos por parte de la Administración Pública o por parte de la Función Judicial”, se pregunta “cómo es posible que quien va a ser vigilado y controlado, determine quién debe ser el contralor de sus acciones, cualquiera que ésta sea, o la Función Ejecutiva o la Función Judicial”. Sin embargo, aunque sin señalarlo directamente, se muestra en favor también de otra alternativa propuesta en los anteproyectos, al sugerir que “ojalá en el tiempo, y no hemos podido encontrar mecanismos adecuados, sea la propia ciudadanía la que nombre al Defensor del Pueblo [...] pero por ahora es indudable que el único organismo que puede nombrar al Defensor del Pueblo es precisamente el Congreso Nacional”.⁹⁹

El diputado Harry Álvarez García insiste en la necesidad de determinar a través de qué organismo o de qué proposición vendría la nominación, y en que no debe excluirse al Defensor del Pueblo de la terna que el Presidente de la República debe presentar, por cuanto, “en aplicación de sus atribuciones constitucionales de carácter legal”, su función depende de la “verticalidad del procedimiento” del funcionario electo, aun cuando esta terna la envíe el Presidente de la República. Además, sugiere que se enmiende el tiempo para el cual el Defensor del Pueblo debe ser elegido, oponiéndose a la denominación por seis años, “por cuanto lo normal y lo lógico sería que dure cuatro años, es decir, el tiempo que dura también el Presidente de la República, que dura el Gobierno y que constitucionalmente ha sido elegido”.¹⁰⁰ Finalmente, el Presidente del Congreso da paso al siguiente artículo para que se analicen las mociones presentadas y luego regresar a votar por el informe de la Comisión o considerar el planteamiento del diputado Álvarez García.

98 Ibídem, pp. 8-9.

99 Ibídem, pp. 9-10.

100 Ibídem, pp. 10-11.

El artículo 4 de los requisitos para ser Defensor del Pueblo se aprueba sin oposición; sin embargo, pide la palabra el diputado Vallejo López, quien a pesar de no ser miembro del Plenario deja su “expresa preocupación” referente a lo que precisa el artículo 4, de que “el Defensor del Pueblo debe ser una persona independiente de toda filiación o militancia partidista o de participación en movimientos electorales”, y defiende la tendencia ideológica que todo ser humano tiene aunque no esté afiliado a partido político alguno. Pide al Congreso “recapacitar en la defensa de la política, en la defensa de ser políticos, en la defensa de los partidos políticos, y no denigrar y eliminar la posibilidad de que un militante de un partido, que [son] los que [hacen] la vida nacional, pueda “tener una función determinada. [...] Por razones de práctica, más que por mandato constitucional”, considera que “es bueno lo que ha hecho la Comisión, que el Congreso Nacional designe sin que haya terna de la Presidencia, porque así, quien va a ser el Defensor del Pueblo, será seleccionado por el Congreso, en la búsqueda de consenso entre las fuerzas políticas que están presentes en el Parlamento, sin necesidad de atarse a una vinculación que siempre existe entre la Presidencia de la República y sus candidatos”. Por último, se muestra a favor de que la duración de la función “sea por seis años y no cuatro, que no coincida con los cambios radicales que se dan en el país cada nuevo Congreso Nacional”.¹⁰¹

Interviene entonces el Presidente de la Comisión, diputado Cordero Acosta, quien hace mención al artículo 29, párrafo 2º de la Constitución, que se refiere a la “autonomía política”, entre otras, de la cual gozará el Defensor del Pueblo. Explica que la interpretación que ha adoptado la Comisión es aquella que la doctrina hace, refiriéndose “no a las vivencias políticas sino a las dependencias y los compromisos partidistas que puedan en un momento dado influir malamente en la probidad y neutralidad que debe caracterizar y ser guía de todos los actos, en la vida pública y privada, del Defensor del Pueblo”.¹⁰² Al respecto también opina el diputado Raúl Baca Carbo, quien se muestra a favor de la decisión de la Comisión reiterando la importancia de la defensa del ciudadano y por tanto lo ideal que resultaría nombrar al Defensor del Pueblo por votación popular directa e inclusive en forma vitalicia. El diputado Álvarez García igualmente insiste en su posición en contra respecto a la independencia del Defensor y reitera su propuesta de que el período de sus funciones sea por cuatro años. Seguidamente interviene el diputado Vallejo López, quien critica el artículo aprobado “de que los políticos no tengan derecho a ser algún día elegidos defensores del pueblo [...] ya que relacionar la no afiliación con la posibilidad de ser autónomo”¹⁰³ le parece quitar-

101 Ibidem, pp. 12-14.

102 Ibidem, p. 15.

103 Ibidem, pp. 20-21.

le valor a la política. Al respecto también emite su opinión el diputado Alarcón Rivera, quien coincide en su desacuerdo con el diputado Vallejo al opinar que esta limitante además reconoce el fracaso de la institucionalidad política del país, y que el Defensor del Pueblo debe ser elegido manteniendo un acuerdo con lo que establecen los requisitos de la norma constitucional en el artículo 29 “en razón a sus méritos personales, a su independencia de acción, a su honorabilidad y a la garantía que represente a los intereses de la ciudadanía”, con lo cual concluye que el artículo cuatro “ha sido aprobado inconstitucionalmente”.¹⁰⁴

Vuelve a intervenir el diputado Baca Carbo, quien recuerda a los legisladores la necesidad de crear un Defensor del Pueblo con el fin de darle a la ciudadanía una dosis de confianza en las instituciones democráticas. Luego de la intervención de otros diputados, vuelve a tomar la palabra el Presidente de la Comisión para aclarar los alcances constitucionales del término *autonomía política* en el inciso primero del artículo 29, indicando que “hay requisitos implícitos” que, además, en otras legislaciones se impone a los procuradores para garantizar justamente la independencia o autonomía política, “como se ejerce en nuestro sistema, por ejemplo, para los miembros de la Fuerza Pública”.¹⁰⁵ Nuevamente interviene el diputado Alarcón Rivera insistiendo en su punto de vista de que “la Ley no puede ir más allá de la Constitución y ampliar otro requisito, porque estaría violando la Constitución Política del Estado”; por otra parte, considera grave que se trate de introducir una norma, por “primera vez en la legislación ecuatoriana quizás, de que se determine que afiliados a partidos políticos no puedan ejercer una función de tanta importancia como es la Defensoría del Pueblo”.¹⁰⁶ Sin embargo, nadie plantea la reconsideración de este artículo y se continúa luego del largo debate con la votación del artículo 5. Se aprueban los artículos 5, 6 y 7 y se regresa al artículo 3, dando a conocer nuevamente la moción planteada con respecto a la terna enviada por el Presidente de la República y el período de seis años.

A través del Presidente del Congreso, el Presidente de la Comisión consulta al diputado que propuso la moción si aceptaría la unificación de criterios con respecto a reducir el período de seis a cuatro años y mantener la primera parte del artículo como proponía la Comisión. El diputado Mendoza Guillén, miembro también de la Comisión, en desacuerdo, propone en cambio que se vote por las dos propuestas, a lo cual el diputado Vallejo López aduce que el procedimiento no se ajusta a los reglamentos, ya que únicamente otro diputado puede plantear una reforma y consultarle al proponente inicial si la acepta o no; afirma que actuar de esa forma sería “poner una

104 Ibidem, pp. 22-25.

105 Ibidem, pp. 26-27.

106 Ibidem, pp. 21, 27-28.

camisa de fuerza al Congreso; es obligarle a que se apruebe el proyecto como manda la Comisión".¹⁰⁷ El Presidente del Congreso considera y establece proceder a votar el artículo 3 en dos partes: "en lo relativo a que el Defensor del Pueblo será elegido por el Congreso Nacional, en pleno, con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros, la primera parte; y la segunda, por el período correspondiente".¹⁰⁸ Hay divergencia del diputado Álvarez García en cuanto al orden de la votación; sugiere que se vote en primer lugar por la segunda parte del artículo sobre el cual existe consenso. El Presidente no acepta y se prosigue a votar por la primera parte del artículo. El resultado es que trece de veinte diputados están a favor de la primera parte, lo cual sin embargo no significa la mayoría necesaria para aprobarlo. El diputado Mendoza Guillén deduce lógicamente que por la otra propuesta votarán siete de veinte, por lo cual propone que se continúe con la votación del resto del articulado y se regrese al artículo 3 en la siguiente sesión. Intervienen los diputados Álvarez García y Cordero Acosta, el primero reafirmando su moción con respecto a votar en orden inverso y el segundo indicando que es necesario primero establecer la forma de nominación, ya que el orden es condicionante para establecer el período del cargo.

El Presidente del Congreso plantea simplemente la reconsideración para la misma sesión, mientras se discute y se sigue votando por los demás artículos. Se aprueban los artículos 8 y 9 y se regresa a votar la reconsideración al artículo 3 propuesta por el diputado Mendoza Guillén, dado que existe consenso de la sala. La reconsideración se plantea en los siguientes términos: Que el Artículo diga: "El Defensor del Pueblo será elegido por el Congreso Nacional en pleno con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros, para un período de cuatro años y podrá ser reelegido por una sola vez".¹⁰⁹ Finalmente se aprueba el artículo 3 con una votación de veinte de veintiún congresistas

Acto seguido, se anuncia la reconsideración del artículo 5 por parte del diputado Viteri y se continúa con la votación del resto de los artículos. Se aprueba el artículo 10 y el diputado Álvarez García hace una acotación al artículo 11 en la última parte, que se refiere a que el Defensor del Pueblo, sus Adjuntos o Comisionados Provinciales deben encomendar el patrocinio de un abogado o doctor en jurisprudencia en libre ejercicio profesional a falta de Defensor Público; solicita que se corrija por "doctor en jurisprudencia o abogado en libre ejercicio profesional". Interviene el diputado Baca Carbo, quien plantea modificar la redacción del artículo para evitar cualquier tipo de con-

107 *Ibidem*, p. 35.

108 *Ibidem*, p. 35.

109 *Ibidem*, pp. 41-42.

fusión y repitiendo lo que ya se ha hecho a lo largo de algunas normas legales: dejar simplemente “el título de abogado como la razón de ser de la profesión”.¹¹⁰ Una vez aprobada esta modificatoria, se continúa votando por los siguientes artículos hasta el 18 sin ninguna interrupción.

Para la consideración del artículo 19 interviene el diputado independiente Illingworth Niemes con una inquietud y comentario para el Presidente de la Comisión respecto a la aparente contradicción que existe en la redacción, cuando dice que “se admitirá cualquier medio de prueba, conforme a derecho”, y el segundo párrafo, que dice que “la queja será trasladada por el interesado y, de no contestarse en ocho días, se tendrá la contestación como aceptación de la queja”. El diputado Cordero Acosta explica el alcance de las disposiciones indicando que en el primer punto no existe contradicción, sino que su redacción responde a que en los medios probatorios contemplados por el ordenamiento jurídico y su procedimiento “hay que guardar un mínimo de solemnidades en cuanto a la instrumentación de la prueba”, mientras que la segunda parte trata de evitar que una negativa a la contestación de la queja “enerve u obstruya el procedimiento”.¹¹¹ Sostiene que la falta de contestación significa allanamiento, que no tiene significado de prueba, por lo que no dispensa al Defensor de la obligación de investigar sobre sus fundamentos. Acto seguido, sin más intervenciones, se continúa con la votación de los artículos 19, 20, 21 y 22.

Después de dar lectura al artículo 23, interviene nuevamente el diputado Illingworth Niemes para solicitar una aclaración a la parte concerniente a la sanción, previo sumario administrativo por la máxima autoridad, cuando “la persona perseguida es la máxima autoridad”, y plantea “que se evite la necesidad de que ese sumario administrativo esté hecho por la máxima autoridad, sino que esté simplemente en manos del Defensor aplicar la sanción”. Contesta el diputado Cordero Acosta explicando que “el perfil del Defensor del Pueblo no le atribuye poder sancionador, porque desnaturaliza su figura de Procurador de los Derechos Humanos. Él tiene un poder ilimitado de defensa, un poder ilimitado para activar todos los mecanismos que concede el derecho en tutela de las violaciones de los derechos humanos; puede incoar causas, proponer recursos, proponer sanciones; realizar, hasta la saciedad, la tutela y la defensa de los derechos humanos. Pero no puede invadir en las potestades de la administración de justicia, y en todas aquellas áreas en donde se da un poder sancionador, como el que tiene la administración de justicia, o como la que tienen ciertos funcionarios de mayor jerarquía [...] Yo sé que hay una limitación, pero no se puede tampoco, por parte de la máxima

110 Ibidem, p. 44.

111 Ibidem, p. 49.

autoridad, imponer sanciones si no es por medio de un mínimo expediente, que es el sumario administrativo; creo que estamos garantizando también, en este caso, ciertos derechos que tiene el funcionario público [...]”.¹¹²

Con esta aclaración y sin más intervenciones se continúa con la votación de los restantes artículos del 23 al 28 sin interrupción. Finalmente, se atiende al pedido de reconsideración del artículo 5 planteado por el diputado Viteri Estévez, en el sentido de rectificarlo en la parte concerniente a la inmunidad de que goza el Defensor del Pueblo en los mismos términos que los diputados del Congreso Nacional, por considerar que es una atribución que únicamente les corresponde a ellos. La votación por la reconsideración del artículo 5 resulta negada, por lo cual toma la palabra nuevamente el diputado Cordero Acosta, Presidente de la Comisión de lo Civil y lo Penal, para agradecer a los miembros del Plenario de las Comisiones Legislativas y al Presidente del Congreso, y felicitar a los miembros de la Comisión, en nombre de quienes presentaron los proyectos básicos, por haber aprobado esta ley fundamental:

Ya era hora de que una institución tan importante como la del Defensor del Pueblo, se haga presente en nuestro sistema legislativo; pronto nosotros percibiremos los resultados que dará su intervención en la defensa de los derechos humanos, tan necesitados de tutela.¹¹³

Hemos considerado que parte fundamental del estudio del texto legal al cual nos referimos en el presente trabajo es la investigación y el análisis de la gestión prelegislativa que es su precedente inmediato. El examen, las críticas, opiniones y los debates parlamentarios de cada uno de los artículos que hemos transcrito podrían arrojar luces en la doctrina y el ordenamiento jurídico nacional, así como también permitirnos conocer el pensamiento y la ideología de los constituyentes y, aún más, adentrarnos en las últimas e intrincadas finalidades que sus propuestas pueden conllevar. Desgraciadamente, los debates que se llevaron a cabo en el Congreso no revelan un conocimiento profundo de los congresistas respecto a la doctrina de la figura del Ombudsman o la Defensoría del Pueblo. El análisis pone de manifiesto el interés e inclusive la voluntad de sacar adelante la ley, pero las discusiones carecen de fundamentos críticos, ya sea apoyados en el derecho comparado o en la confrontación de experiencias con otros países, inclusive de la región, en los cuales la figura del Ombudsman era ya conocida, o de mayor visión para tratar de esbozar mejores soluciones a los conflictos que esta nueva institución puede acarrear.

112 Ibidem, p. 53.

113 Ibidem, p. 58.

Capítulo VI

Características jurídicas del Defensor del Pueblo ecuatoriano en el derecho comparado

1. Naturaleza jurídica

La figura del Ombudsman nace en los países nórdicos con una característica especial que después se convierte en requisito fundamental para quienes ejercen el cargo en el resto de países que lo adoptan. Éste es un cargo que requiere de gran autoridad, experiencia e influencia. Al decir de Napione, el Ombudsman “no vence”, “convence”; y si “no convence”, “informa al Parlamento y al público; y en cuanto a aquél, también serán sus dotes personales las que podrán influir sobre la mayoría para aprobar su actuación y desaprobando la de la Administración”.¹ En su análisis no podemos dejar de lado este punto de vista de una magistratura cuya superioridad está fundamentada en factores suprajurídicos² y que sin embargo cada vez cobra más terreno en las ciencias y en los procedimientos jurídicos.³ Conocida como una magistratura de persuasión, “su fuerza depende de tres factores principales: a) de la estima personal que haya sabido conquistarse; b) de ser el hombre de confianza del Parlamento, y c) del peso de sus argumentos”.⁴

1.1. La auctoritas

Tanto en las legislaciones de los diferentes países nombrados, sobre todo en los países pioneros y del resto de Europa, cuanto en sus informes anuales o especiales, gran parte del éxito en la labor que realiza el Ombudsman o Defensor del Pueblo radica en el prestigio de la persona nombrada; en su *auctoritas*.

1 Napione, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 161.

2 Fairén Guillén: o. cit., p. 160: “Los requisitos jurídicos para devenir ombudsman deben ir acompañados de otros que nosotros [citando a Elías Díaz, Sociología y Filosofía del Derecho] calificamos de suprajurídicos: autoridad, prestigio personal, superioridad moral, ‘savoir faire’ (que es una calidad también jurídica; no es lo mismo un juez que atemoriza a una persona desde la primera pregunta de un interrogatorio ‘por sus malas formas’ —aunque sea sabio y honesto— que otro que, sin prescindir de la ‘autoridad’, la emplee con afabilidad, cortesía, dando al interrogatorio el tono de una conversación social —que se transforma en valor jurídico-social—)”.

3 Jean Rivero, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 160: “El sistema —dice con referencia al del control jurisdiccional— presenta tres evidentes ventajas: para comenzar, la facilidad con que la intervención del Ombudsman puede ser solicitada, completada por la posibilidad (potestad pura, diríamos nosotros) que le está reconocida de actuar *ex officio*; de otro lado, los poderes de investigación cuasi limitados de que dispone, y por último, la amplia publicidad que da a sus intervenciones”.

4 Napione: citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 161.

En la fase “superior” de la República romana, los jurisconsultos y el Pretor eran quienes elaboraban las leyes en el campo del derecho privado, a pesar de no ser órganos constitucionalmente autorizados para hacer derecho. El valor jurídico de sus consejos o *responsa* radicaba en el prestigio, en la *auctoritas prudentium* con la cual obraba el jurista que los emitía, como resultado de la autonomía de la conciencia y la responsabilidad personal que ponían de manifiesto los propios deberes y por tanto la obligación de comportarse de acuerdo con uno mismo.⁵ La *auctoritas*, de indiscutible validez, sustentada por una serie de valores morales y sociales, tuvo incidencia inclusive en la política a través del *ius publice respondendi ex auctoritate principis* concedido por Augusto a los dictámenes de los juristas. Esta fuente de elaboración del derecho que en otra hora sirvió para perpetuar las antiguas concepciones jurídicas romanas se recoge con sabiduría en lo que Fairén Guillén llama un fundamental y apasionante concepto (que no puede ser confundido con el concepto de *autoridad*): “un prestigio, una dignidad social, una fuerza moral que, de rechazo revierte a nuestro ser, reafirmando y robusteciendo la obligación de ser fieles a nosotros mismos para poder seguir siendo dignos de tal *auctoritas*”.⁶

En la actualidad, los medios para adquirir *auctoritas* se pueden concretar básicamente en la publicidad de la gestión que realiza el Ombudsman o Defensor del Pueblo y en las prerrogativas de quien ejerce el cargo. los concreta en cinco puntos.

El primero es “ser ajeno y estar alejado de la política”, condición cuyo fin es asegurar la imparcialidad del Ombudsman y que a menudo se encuentra explícitamente regulada en varias leyes orgánicas —como en el caso del Ecuador, donde “se precisa ser una persona independiente de toda filiación o militancia partidista o de participación en movimientos electorales durante los tres últimos años anteriores a su elección”—.⁷ El prestigio del Ombudsman no se basa únicamente en sus cualidades y logros personales sino, en primer lugar, en los de la institución; se trata de una confianza adquirida para perdurarla y legarla a sus sucesores.

El segundo punto es la “publicidad” del cargo, que es una actividad fundamental para darse a conocer, pero no en una actitud demagógica sino efectiva al presentar los resultados de su trabajo, así como también al receptar e intercambiar ideas e inquietudes en reuniones públicas, visitas de inspec-

5 Álvarez Suárez: “La jurisprudencia romana en la hora presente”, discurso de ingreso en la Real Academia de Derecho y Legislación, Madrid, 1966, p. 66; U. Von Lübtow: “De iustitia et iure”, *ZZS, Romanische Abteilung*, Weimar, tomo LXVI, 1948, p. 438, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 48.

6 De Francisci: *Sintesi storica del Diritto romano*, Roma, 1948, 228-328; Arcan Imperii, Milán, 1948, tomo III, I, p. 303; Fenech-Carreras: “Las fronteras del Juez”, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1962, p. 111, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 48.

7 LODP del Ecuador, artículo 4.

ción, conferencias de prensa, programas informativos, etc. Al respecto, la Ley Orgánica ecuatoriana cubre un amplio campo de acción que está desarrollado entre los deberes y atribuciones del Defensor. Además de su obligación de informar anualmente al Congreso Nacional, podrá hacerlo “en cualquier momento cuando la gravedad del caso lo exija o el Congreso Nacional lo requiera”.⁸ En el mismo artículo enumera, entre otras formas, la de “pronunciarse públicamente sobre los casos sometidos a su consideración”, “hacer públicas las recomendaciones, observaciones que hubiera dispuesto”, “emitir censura pública”, “realizar visitas periódicas”, “representar al país”...; en fin, cualquier tipo de contacto con la sociedad.

El tercer aspecto importante para mantener su prestigio que es el “acceso directo y fácil por parte de los ciudadanos”.⁹ Un indicador de la capacidad de recepción que obtiene el Ombudsman podría ser el número de quejas recibidas y las que éste ha tramitado. En el Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional del año 1998 a 1999,¹⁰ se registraron en el país 10.920 quejas, de las cuales el 75% fueron resueltas y 25% quedaron en trámite; mientras que para el 2000 se receptaron 15.171,¹¹ lo cual significa un incremento del 38,9% en un año.

Para que este contacto se mantenga, es evidente que la institución debe realizar una labor constante de “mentalización” de los ciudadanos, sin descuidar ningún estrato de la sociedad; es decir, difundir el conocimiento cabal de sus derechos y deberes democráticos, así como de todo el proceso administrativo desde el inicio de la queja, su tratamiento y su resolución. Precisamente, gracias a esta labor también contemplada en la ley,¹² la Defensoría, mantiene programas de educación conjuntamente con varias organizaciones y agrupaciones tanto civiles como gubernamentales.¹³

Finalmente, Fairén Guillén se refiere a “la publicidad de las actividades y decisiones de los ombudsmen”, tarea sin la cual no se podría completar este círculo informativo. Además del informe anual, que por lo general está obligado a presentar, es necesario que el Ombudsman haga uso de todo medio de comunicación posible, para lo cual está legitimado, acudien-

8 LODP del Ecuador, artículo 8, literal p.

9 LODP del Ecuador, artículo 14 como referencia. El tema será tratado por separado dentro de las facultades del Defensor.

10 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe del Defensor del Pueblo al Honorable Congreso Nacional del Ecuador 1998-1999*, Quito, 2000, p. 95.

11 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *El Defensor*, n° 24, septiembre del 2001, Quito, p. 8.

12 LODP del Ecuador, artículo 8, literal h: “Promover la capacitación, difusión y asesoramiento [...]”.

13 Defensoría del Pueblo del Ecuador: campaña “La Defensoría dice sí a los niños y a las niñas”, realizada el 27 de julio del 2001; seminario-taller “Recuperar la confianza en la Justicia y los Derechos Humanos”, realizado del 31 de mayo al 2 de junio del 2001; convenio INFA, CONAMU, MEC, MSP, UNICEF y Defensoría del Pueblo: “Proyecto de promoción de la salud e educación de adolescentes embarazadas”; etc.

do si es necesario a la prensa diaria para dar a conocer directamente a los ciudadanos el seguimiento, desarrollo y resultado de su gestión. La Ley Orgánica ecuatoriana no contempla disposición explícita al respecto; sin embargo, el Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría¹⁴ dispone que con carácter auxiliar o de apoyo se cree la Dirección Nacional de Comunicación y Promoción Social, la cual, entre otras, tiene la función de “informar oportuna y debidamente a la opinión pública sobre las actividades emprendidas”, “coordinar y obtener la colaboración de los medios de comunicación social para promover y difundir masivamente el conocimiento de los derechos y las garantías fundamentales”, “editar periódicamente un órgano de difusión con los logros y objetivos permanentes de la Defensoría del Pueblo”.

Gracias al seguimiento permanente que hace la Dirección de las informaciones publicadas en once diarios del país, se conoce el número de noticias referentes de la Defensoría que éstos publicaron en el período enero-agosto del 2001: *El Comercio*, 106; *El Universo*, 160; *El Telégrafo*, 79; *Expreso*, 99; *Hoy*, 105; *La Hora*, 149; *El Mercurio*, 65; *El Tiempo*, 53; *El Diario*, 43; *Últimas Noticias*, 5; y *Tiempos del Mundo*, 6; lo cual da un total de 870 noticias. “Existen tres categorías para calificar las noticias publicadas: Positivas (83%): son aquellas informaciones donde se resalta el trabajo, las actividades, y las gestiones realizadas por la Defensoría del Pueblo o sus personeros. Negativas (7%): Son aquellas informaciones donde se censura o rechaza a las actividades y gestiones realizadas por la DDP o sus funcionarios. Neutras (10%): son aquellas informaciones donde la Defensoría es tomada como un referente de datos, mas no como actora de los acontecimientos”.¹⁵

1.2. Consagración en la Constitución

El Ombudsman, nacido dentro de un régimen monárquico, en el transcurso de su propio desarrollo, así como del de las naciones que lo han ido adoptando, ha encontrando cabida en diversas formas de gobierno: democrático, monárquico-parlamentario, federal, de representación uni o bicameral, e inclusive en gobiernos de facto. Su partida de nacimiento no ha estado supeditada —aunque en muchos casos ha sido promovida— por la creación de una nueva Constitución; con el poder que confiere el pueblo a los órganos de gobierno, lo hemos visto nacer al amparo de leyes, decretos presidenciales e inclusive ordenanzas municipales. Sin embargo, la

14 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo*, 12 de septiembre del 2001.

15 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *El Defensor*, n° 24, septiembre del 2001, Quito, p. 9.

tendencia final ha sido la de llegar a consagrarlo en la Constitución y dotarlo de la supremacía de dicha norma.¹⁶

Dentro de la jerarquía y control del orden jurídico ecuatoriano, la supremacía radica en la Constitución.¹⁷ Siguiendo la tradición de este principio, la Defensoría del Pueblo del Ecuador nace, como hemos visto, en el año de 1996, siendo parte de un proyecto de reformas constitucionales, el mismo que fue ratificado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1998. Las funciones con las que se la dotó fueron las de “promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo [...]; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales [...]; observar la calidad de los servicios públicos¹⁸ y ejercer las demás funciones que le asigne la ley”. La redacción del artículo 96 nos lleva a distinguir las acciones que el Defensor puede ejercitar perfilándose definitivamente en la línea de desarrollo posterior, en la cual se pone énfasis en la garantía de los derechos fundamentales, lo que nos demuestra su pleno desarrollo histórico.

En el análisis jurídico nos encontramos constantemente con la dificultad de emplear ciertos conceptos usados con diversos sentidos. Aunque las Constituciones consignan al Ombudsman en sus normas, se dice que no se trata de un órgano constitucional,¹⁹ pues, según Víctor Fairén Guillén, “sólo en los casos en que al Ombudsman le sea autorizado [por la propia Constitución, por leyes] el promover acción y pretensión ante un Tribunal Constitucional [...] se puede decir que se trata de un órgano constitucional”.²⁰ Si no, en los términos en que lo ha planteado Joaquín Varela Suanzes-Carpegna,²¹ estaríamos hablando de un órgano constitucionalizado u órgano auxiliar, “a

16 Hans Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado*, mimeografiado. Hans Kelsen: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck der zweiten neubearbeiteten Auflage von 1929, Tubinga, 1963. Kelsen sostiene en su teoría que la Constitución conforma la totalidad del sistema jurídico y que todo el ordenamiento, hasta el de menor rango, ha de ser interpretado de acuerdo con la norma suprema del Estado.

17 La Constitución vigente establece en el artículo 272 (“Jerarquía de la Constitución. Conflicto de Leyes”): “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. = Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”.

18 Esta enmienda, la de “observar la calidad de los servicios públicos”, fue introducida en 1998.

19 Fairén Guillén: o. cit., p. 166: “Se argumenta en favor de esta posición que en tales países (Suecia, Finlandia, Dinamarca y la RFA —militar—) son los Parlamentos los que legislan y controlan a la pública Administración, los cuales pueden servirse a tal efecto, bien de comisiones parlamentarias, o del ombudsman como un órgano especializado”.

20 Ibidem, p. 189.

21 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna: “Naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, n° 8, mayo-agosto, Madrid, 1983, p. 64. Apoyándose en la doctrina italiana (Giuseppe Ferrari y Constantino Moriati), el autor habla de *órgano auxiliar* contraponiendo este concepto al de *órgano constitucional* y refiriéndose a aquellos órganos del Estado que llevan a cabo funciones de vigilancia, de control o bien de asesoramiento y consulta. Los órganos auxiliares, al contrario, “son aquellos que no llevan a cabo una función constitucional, es decir, creadora de derecho y que, por tanto, no incide en la forma de Estado. ‘Órgano auxiliar’ y ‘órgano no constitucional’ o ‘no activo’ vienen a ser así sinónimos, del mismo modo que ‘órgano constitucional’ y ‘órgano activo’. [...] tanto por las funciones que lleva a cabo, como por la vinculación no paritaria que le liga a las Cortes [...] no es un órgano interno de las Cortes, sino que actúa respecto a ellas con una indudable autonomía orgánica o funcional, [...] su voluntad, por ende, no puede ser imputada a las Cortes, ya que el DP actúa en nombre propio y no en el de aquellas”.

tenor de un criterio orgánico-funcional, al que se le encomienda el ejercicio de un control bidimensional”; el de supervisar la actividad administrativa, de un lado, y el de interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo, de otro. “A tenor de un criterio teleológico, en cambio, este instituto se presenta como un órgano garantizador de los derechos fundamentales”, que son “la finalidad e incluso la causa, la razón de ser del DP. Su porqué y su para qué. El control de la actividad administrativa y el impulso de la jurisdicción constitucional son sólo los medios que el ordenamiento pone a su alcance para realizar tan alta y delicada labor”.

Esencial o no para la estructura misma del Estado y los otros órganos correspondientes a los tres poderes clásicos,²² es evidente que, en los últimos años, la institución del Ombudsman o el Defensor del Pueblo se ha incorporado sistemáticamente, cada vez con mayor generalización y certeza, como un órgano con especialísimas peculiaridades, de carácter no jurisdiccional, para arbitrar la protección de las garantías fundamentales consagradas en las Constituciones²³ de los Estados modernos.

1.3. La organización

1.3.1. Nombramiento

El nombramiento del Defensor del Pueblo es quizás una de las características que más variaciones presenta según las diferentes regiones geográficas y las exigencias de la evolución de la estructura política y administrativa de cada país donde esta institución ha sido adoptada. Ya en el relato de sus antecedentes históricos en el derecho comparado hemos mencionado algunas peculiaridades que presentan los Ombudsman en cuanto a su nombramiento. Con fines didácticos se han distinguido dos grandes tendencias²⁴ que se han ido imponiendo: por un lado, a que éste sea nombrado por el Gobierno —llámese Ejecutivo, Presidente, Primer Ministro, Consejeros de Estado, la Corona, Su Majestad o los Ministros de Gabinete—, y por otro, a que sea nombrado por el Legislati-

22 Tema que desarrollaremos en la relación con otros órganos de control.

23 Álvaro Gil Robles: *El Defensor del Pueblo*, Cuadernos Civitas, Madrid 1979, p. 84. “No creo que sean necesarios muchos argumentos para defender esta propuesta si consideramos que estamos tratando de una importante institución del Estado, constitucionalizada y con la misma categoría que el Tribunal Constitucional u otras instituciones semejantes”. Ceretti: “Funzione legislativa e controllo di legittimità”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, p. 61, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 189. El autor recalca la función primordial de control del Ombudsman, pero opina que se trata, en cuanto al “control parlamentario”, de un “control administrativo”.

24 Fairén Guillén (o. cit., p. 142) advierte, citando al *Boletim do Ministério da Justiça*, el nacimiento de un “tipo intermedio” que entra en el “grupo mixto”, ya que según el artículo 2º.1 del decreto-ley que instituye el Proveedor de Justicia de Portugal, éste “es nombrado por el Presidente de la República de una terna que le propone el Primer Ministro y el ministro de Justicia (mientras el ‘clásico’, arquetípico ombudsman —el sueco— es elegido por el Parlamento), y a tenor del art. 7º.1, las quejas pueden ser presentadas no solamente a él mismo —sistema arquetípico—, sino también a través del agente del Ministerio Público de la comarca donde reside el reclamante, que las transmitirá inmediatamente al Proveedor a través de la Procuraduría General de la República”. Aquí, en esta ‘entrega indirecta de quejas’ al Proveedor, se ve ya ‘asomar’ el sistema francés e inglés”.

vo –Congreso, *Riksdag*, *Bundestag*, Parlamento, Cortes Generales o Cámaras–. Sin lugar a dudas este hecho ha creado serias discrepancias a nivel doctrinal, llegando inclusive a cuestionarse la verdadera identidad de las instituciones que fungen como tales. Al respecto hemos de recordar los casos citados de la institución francesa del *Médiateur* y la inglesa del *Parliamentary Commissioner for Administration*, especialmente el modo de elección de ambas, que ha sido objeto de varias críticas y censuras por quienes consideran que siendo una persona procedente del gobierno siempre tendrá de un nivel de dependencia mayor que coartará su labor de control.

La reconocida solvencia y la extraordinaria integridad son sin embargo características universalmente reconocidas que, además de ser la base de la *auctoritas*, tienen por objeto evitar el problema más discutido en la doctrina, que es la posible politización, en los términos de utilizar al Ombudsman o Defensor del Pueblo como instrumento de uno u otro partido político. En el derecho comparado se ha tratado de resolver estos problemas estableciendo mayorías cualificadas tanto para la designación como para la eventual revocación.

En el Ecuador, el nombramiento del Defensor del Pueblo está a cargo del Congreso Nacional, que lo elegirá en el “Pleno con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros, para un período de cuatro años y podrá ser reelegido por una sola vez”.²⁵ Acorde con la doctrina, tenemos un Defensor “parlamentario” clásico y opuesto al “ejecutivo”. Como resultado del examen efectuado a través del derecho comparado, podríamos plantearnos que ni la Constitución ni la Ley Orgánica dan razón de dónde se elegirá a los candidatos a ocupar el cargo. Otras legislaciones disponen que se proponga una terna, ya sea por parte del Ejecutivo o en combinación inclusive con el Poder Judicial. En la Constitución hay una referencia sugestiva que no se elabora en la Ley Orgánica: el artículo 96, inciso 2º, menciona que el Defensor será elegido por el Congreso Nacional “de fuera de su seno”, “luego de haber escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas”. Esta falta de precisión legal puede conducir inclusive a una tardanza en el nombramiento en detrimento del seguimiento y el buen nombre de la institución, así como dar lugar a discusiones y a pretender obtener ventajas partidistas.

1.3.2. Requisitos

Otra de las peculiaridades de cada país en cuanto al nombramiento del Ombudsman la encontramos en los requisitos que la persona que ocupe el cargo debe reunir para poder optar por ejercerlo. En la mayoría de los países

25 LODP del Ecuador, artículo 3.

es un requisito fundamental explícito que el postulante al cargo sea jurista, abogado o doctor en jurisprudencia,²⁶ lo cual resulta ser lo más apropiado y cercano tanto por los conocimientos requeridos como por las actividades que como tal desempeñará. Otros países han considerado que este principio de elección no es razonable, puesto que un parlamentario, un funcionario de carrera o técnico de gran experiencia puede realizar este trabajo aún con más eficacia. En la práctica, sin embargo, estos países,²⁷ a pesar de no mencionar los requisitos científicos de una formación legal universitaria, además de haberse guiado por la experiencia, la práctica y el buen nombre, han elegido casi siempre a personas eminentemente conocidas como expertas en materia legal. Lo que resulta indudablemente imposible de desconocer es la enorme responsabilidad que implica desempeñar este cargo de tan amplia y reconocida competencia jurídica.

Las condiciones que requiere el postulante al cargo en el Ecuador son las mismas que para ser “Magistrado de la Corte Suprema de Justicia”²⁸, con excepción del referente a la carrera judicial: Se precisa además ser una persona independiente de toda filiación o militancia partidista o de participación en movimientos electorales durante los tres últimos años anteriores a su elección”.²⁹ La Ley dio importancia a la formación académica y además puso énfasis en la trayectoria política y a la posible tendencia partidista que empañe su imparcialidad e independencia.

1.3.3. *Suplentes y comisionados*

Por lo general, los suplentes del Ombudsman deben reunir las mismas cualidades exigidas al titular. El número de ellos y su capacidad de acción varían en el derecho comparado, al parecer de acuerdo con la cantidad y la diversidad de trabajo que éste debe atender. Las legislaciones se han ido reformando conforme a esta necesidad; así por ejemplo, tenemos el caso de Suecia, donde en 1963 se concedió al suplente la capacidad de actuar en re-

26 Ley de Ordenanzas del Ombudsman Sueco: El *Riksdag* debe elegir como Ombudsman a una persona de reconocida competencia jurídica y de destacada integridad. Constitución de Finlandia, artículo 49: Debe ser elegida una persona conocida como eminentemente experta en leyes como Ombudsman. En Noruega, los Ombudsmen deben ser elegidos entre juristas con capacidad para ser magistrados del Tribunal Supremo. Ley del Ombudsman de Dinamarca, artículo 2: se precisa formación jurídica.

27 La Ley del Controlador del Estado y del Comisionado para las Quejas del Público de Israel nada mencionan sobre estos requisitos académicos; tampoco lo hace la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español; sin embargo, en ambos casos los cargos han sido ocupados por personas con alta formación académica y en su mayoría han sido juristas.

28 LOFJ del Ecuador, artículo 12, inciso tercero: “Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere: 1. Ser ecuatoriano por nacimiento; 2. Hallarse en ejercicio de los derechos de ciudadanía; 3. Tener cuarenta y cinco años de edad, por lo menos; 4. Tener título de doctor en Jurisprudencia; 5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la cátedra universitaria en Ciencias Jurídicas por el lapso mínimo de veinte años; y 6. Cumplir con los demás requisitos que establezca la Constitución Política de la República y la Ley” (L. 39. RO-S 201: 25/11/97).

29 LODP del Ecuador: artículo 4.

emplazo del titular durante todo el año. En Dinamarca, es el mismo Ombudsman quien, en caso de impedimento, tiene la capacidad de nombrar al suplente. Lo mismo ocurre en Inglaterra: el Comisionado del Parlamento nombra a quien considere necesario y lo autoriza a reemplazarlo en cualquiera de sus funciones. El caso de Nueva Zelanda difiere: son las Cámaras reunidas las que proponen al Suplente y el Gobernador lo nombra; caso contrario, el Gobernador general en Consejo cubre el puesto hasta ser ratificado por las Cámaras cuando éstas se reúnan.³⁰

En Ecuador se procede casi de igual forma que en España: los Adjuntos del Defensor del Pueblo³¹ son dos funcionarios en quienes él puede delegar sus funciones;³² éstos son nombrados por él (en el caso de España, con el consentimiento previo de las Cámaras). Estas figuras comparten las mismas prerrogativas e incompatibilidades, y si el puesto queda vacante, ya sea por incapacidad temporal o definitiva, serán ellos mismos quienes en el orden de designación lo reemplacen interinamente hasta que el Congreso Nacional (las Cortes Generales en el caso de España) procedan a una nueva designación.

Los Comisionados Provinciales³³ o adjuntos territoriales son representantes de la Defensoría en cada provincia;³⁴ sus funciones, deberes y atribuciones les serán encomendados de acuerdo con la Constitución Política, la Ley Orgánica, el Reglamento de Delegación de Firmas y más normas conexas. Los requisitos son ser nativo de la respectiva provincia o haber residido en ella los últimos tres años inmediatamente anteriores a su designación; sus funciones las ejercen en coordinación con los Defensores Adjuntos y los Directores Nacionales. Sobre las gestiones a su cargo, informarán al Defensor del Pueblo mensualmente o cuando éste lo solicite.

1.3.4. *Plazo de desempeño del cargo*

En relación con el plazo de desempeño del cargo, encontramos también en la literatura del derecho comparado una gran variedad. Lo más común es que, al ser el Ombudsman o Defensor del Pueblo un órgano de “control auxiliar” nombrado por la función legislativa, la duración del cargo de aquél se asocie al período de mandato de ésta o al período de elecciones ge-

30 Fairén Guillén: o. cit., p. 157.

31 LODP del Ecuador: artículo 9.

32 Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo, artículo 8: “Los Adjuntos Primero y Segundo ejercerán las funciones, deberes y atribuciones que el Defensor del Pueblo les delegue mediante resolución. Le subrogan, en su orden, en los casos y forma previstos en la Constitución y la Ley”.

33 Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, artículos 37-39.

34 El Ecuador se divide administrativamente en 22 provincias, 5 en la Costa, 10 en la Sierra, 6 en la Región Amazónica y una en Galápagos.

nerales.³⁵ A pesar de que aparentemente la duración del cargo no incide directamente en la doctrina, los criterios utilizados en cuanto a determinar cuál sería el plazo propicio no le son ajenos. Se conjugan varios criterios como la eficacia, la relativa independencia e inclusive la renovación de ideas. Así lo demuestran las opiniones vertidas al respecto, ya que para lograr la confianza ciudadana se necesita no sólo la eficacia que de por sí implica adquirir experiencia, la cual a su vez se obtiene con el tiempo, sino también de una permanencia estable que asegure el éxito de su labor.

En Suecia el tiempo de duración del cargo es de cuatro años, pero la reelección es permitida hasta por tres períodos (doce años en total); se considera necesario el cambio a esas alturas únicamente por la necesidad de contar con una persona que aporte ideas nuevas.³⁶ En Francia, el *Médiateur* permanece en sus funciones por un período de seis años pero no es reelegible. En Inglaterra no existe la reelección por cuanto el mandato es vitalicio hasta la edad del retiro forzoso. En España nada impide la reelección; la ley no la menciona y así debe interpretarse el silencio legal, pero el período de duración del cargo es de cinco años. Se pretendió de esta forma evitar la coincidencia temporal de mandatos, siguiendo el mismo criterio que Alemania en la elección del Ombudsman Militar (*Wehrbeauftragter des Deutschen Bundestages*, WB) y pretendiendo proveerlo de una relativa independencia respecto a quienes lo nombren. Finalmente, habilitar una permanencia demasiado prolongada en el cargo ha sido objeto de discusiones respecto a evitar la burocratización de éste, así como que se convierta en un cargo político.

En el Ecuador también se optó por este criterio; la Constitución establece en el artículo 96, inciso 2°, que el Defensor “desempeñará sus funciones durante cinco años y podrá ser reelegido una sola vez”.

2. Facultades del Defensor del Pueblo

En la doctrina hemos encontrado una gran diversidad respecto a las facultades de las cuales se dota al Ombudsman, al Defensor o a los Comisionados. Indudablemente esta situación responde a varios factores de los que algo se ha mencionado. La realidad social, política, económica y cultural de cada pueblo son elementos decisivos, así como los factores externos de influencia en el momento histórico en el cual nace la figura. En el caso de Latinoa-

35 Comisión Andina de Juristas / Projusticia: *La Defensoría del Pueblo en el Ecuador: retos y posibilidades*, Quito, 1998, p.

36. En el estudio realizado por la Comisión Andina de Juristas y Projusticia se establece que la “duración del cargo del titular de la Defensoría fluctúa entre tres y cinco años. Así por ejemplo, en El Salvador es de tres y en Colombia y Costa Rica, cuatro. De otro lado, Ecuador, Guatemala y Perú establecen que el cargo de Defensor del Pueblo dura cinco años”.

36 Ulf Lundwik, citado por Rowat: *El Ombudsman...*, o. cit, p. 45.

mérica hemos visto cuán importante fue el nacimiento de los Defensores de España y de Portugal, sobre todo por las “nuevas facultades” de las cuales se los dotó, con lo que se pretendía fortalecer aún más su *auctoritas*, acoplarlos en un sistema jurídico distinto de aquel en el cual habían nacido, asociarlos a diversidades culturales, encaminarlos en democracias nacientes y, sobre todo, tutelar los derechos y garantías constitucionales.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo Ecuatoriana, concede amplias facultades al Defensor para “organizar la Defensoría en todo el territorio nacional”, elaborar y aprobar cuantos reglamentos sean “necesarios para el buen funcionamiento de la institución”.³⁷ Según se menciona en su primer informe de labores, esta ley contribuyó decisivamente para convertirlo “en una de las instituciones de mayor fortaleza política y jurídica de su género en nuestro continente, pues virtualmente tiene a su cargo la tutela de todos los derechos y garantías individuales y sociales que incluye nuestra Constitución, que desarrolla nuestra legislación y que se hallan consagrados en el derecho internacional humanitario. A diferencia de otras defensorías, su ámbito de acción no sólo se circunscribe al sector público, sino que abarca también al sector privado”.³⁸

Otra de las atribuciones características es la de actuar como mediador cuando sea procedente, y sobre todo necesario para paliar conflictos sociales “sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública”. No menos importante es la labor de intervenir como “parte en asuntos relacionados a la protección del medio ambiente y al patrimonio cultural resguardando el interés de la colectividad”, así como, en representación de la de la iniciativa popular, “presentar proyectos de ley”³⁹ al Congreso Nacional, y otras funciones más afines a los derechos humanos y a las características tradicionales de sus colegas en otras latitudes, que iremos analizando puntualmente.

2.1. Acceso directo del ciudadano

El acceso directo del ciudadano es una característica primordial que ha sido ya mencionada como fundamento propio e innovador de la institución; además, como un medio para adquirir *auctoritas*, resulta sin lugar a dudas también una ventaja sobre otros medios de control. El fácil e inmediato acceso del ciudadano, en contraste con la tediosa tarea que resulta enfrentarse con la burocracia administrativa, potencia las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho democrático.

37 LODP del Ecuador, artículo 8, literales c, d y j.

38 Defensor del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe...*, o. cit., p. 7.

39 LODP del Ecuador, artículo 8, literales f y g.

Con toda razón, una de las críticas más severas se fundamenta en las adaptaciones o variaciones que se han hecho a la institución original respecto al acceso y servicio directo que el Ombudsman debe proveer. Nos referimos a aquellos casos de acceso indirecto, de los cuales se ha dicho que:

[El] filtro parlamentario sólo puede llevar a dos formas de operar: o no resulta eficaz en la práctica y se transmiten todas las reclamaciones, por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés, con lo que sirve más que para añadir un escalón intermedio al administrado; o funciona y convierte al diputado en un árbitro que discrimina la esfera de competencia del ombudsman y puede cercenar las aspiraciones de los particulares de ser oídos por éste.

En lo que se refiere también al acceso, por la naturaleza misma de la institución, se reconoce el derecho de queja de todo ciudadano. Podrá presentar quejas toda persona natural y jurídica, inclusive los incapaces legales; es decir, personas privadas de libertad, como es el caso de quienes se hallen en un centro de reclusión o penitenciario, cuya correspondencia y conversaciones dirigidas al Defensor del Pueblo o sus Delegados no pueden ser objeto de censura ni de interferencia de ningún tipo. El único límite que en ciertas legislaciones se prevé es para las autoridades administrativas, las cuales no pueden presentar quejas en los asuntos de su competencia.⁴⁰

La Constitución ecuatoriana reconoce la igualdad de derechos a todos los seres humanos; “cualquier persona, en forma individual o colectiva, que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna podrá dirigirse al Defensor del Pueblo para presentar una queja, incluyéndose a los incapaces relativos, y por los incapaces absolutos podrán hacerlo sus representantes”.⁴¹

2.1.1. *Procedimientos sumarios e informales*

La característica anterior conlleva la configuración de otro rasgo propio, como es el evitar el procedimiento riguroso para resolver las quejas o para efectuar las investigaciones pertinentes. Recordemos las razones y las justificaciones por las cuales se adopta la figura y se la recomienda a nivel mundial. La experiencia negativa de la larga tramitación procesal que entorpece la gestión eficaz de la administración pública, y también a los tribunales de justicia, cuando se busca auxilio inmediato para reponer los daños causados cuando los derechos ciudadanos han sido violentados, requiere de un procedimiento informal, ágil, flexible. En este sentido, ya algunos países han agili-

40 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español 3/1981, de 6 de abril, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). título II, capítulo I, artículo 10.3.

41 LODP del Ecuador, artículo 14.

tado el sistema, receptando inclusive las quejas orales, con lo cual además se soluciona el problema del acceso de quien tiene dificultades para redactar la queja o aun del iletrado, que es quien mayormente necesita de este servicio. A ello se suma la innovación de obviar la necesidad de la intermediación o el auxilio de un letrado, procurador o jurista; si es preciso, encargar a los funcionarios de la oficina del Ombudsman que hagan uso de un formulario, o traduzcan la queja por escrito luego de haber hecho un interrogatorio o mantenido una conversación preliminar con el quejoso.

2.1.2. Gratuidad del servicio

La ayuda, patrocinio o gratuidad del servicio legal, conocido en otros tiempos como *beneficio de pobreza*, es una característica propia del Ombudsman, puesto que refleja la esencia de servicio a la comunidad.

Existen datos curiosos en el derecho comparado respecto a los gastos y costas del proceso. En Finlandia, aparece el principio de gratuidad para ambas partes —“no hay que pagar derechos en ninguna fase de tratamiento de las quejas”—,⁴² pero existe una sanción de mala conducta del quejoso que va más allá de la simple “condena a pago de gastos”; “según el Código Penal, el quejoso o quien firmase una información o certificación incorrecta será castigado con una multa o con un máximo de un año de prisión”.⁴³ Pero luego de la queja viene la etapa de investigación, en la cual resulta aún más difícil mantener el principio de gratuidad. En esta fase se necesita de la intervención de terceras personas que tienen derecho a recibir honorarios; muchas de ellas son peritos en la materia que es objeto de reclamo y no pertenecen a la oficina del Ombudsman. Por ello, siempre será necesario, en el momento de nombrar al equipo de trabajo, tener en cuenta que debe un personal calificado, técnicos y científicos capacitados para actuar como tales.

En suma, todos los rasgos señalados son complementarios. Así lo dispone también el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: el Defensor “al realizar sus investigaciones organizará el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez”.

2.2. Investigación y colaboración

La labor de investigación que ejerce el ombudsman está sujeta a las facultades y a la “jurisdicción” que la ley le concede. En términos generales podríamos decir que, para operar el control de la administración y la defensa de los derechos fundamentales, el campo de acción se extiende a todos los

42 Jorma S. Aalto, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 501.

43 Hidénn, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 501.

sectores de la administración en general, a diferencia de lo que sucede con aquellos Ombudsman sectoriales cuyo campo de acción y tareas son específicos, como por ejemplo, el Ombudsman Militar, el Ombudsman de los Extranjeros, el Ombudsman del Consumidor, etc., quienes, no obstante, también pueden recibir en forma indirecta el apoyo logístico y la información que requieren de sus colegas.

Recordemos que en la literatura del derecho comparado hemos encontrado diversas disposiciones, unas que limitan e inclusive anulan esta capacidad y otras que, al contrario, permiten una amplia cobertura investigativa que potencia la facultad de inspeccionar y examinar toda la documentación existente, incluidos documentos secretos o confidenciales, la que se extiende en algunos casos no sólo a los órganos de servicio de la administración general, sino que incluye a ministros, empresas públicas y privadas que son concesionarias de servicios públicos e inclusive los tribunales.⁴⁴ Dentro de la facultad investigativa que tiene, también se puede mencionar la solicitud mediante escrito motivado por parte de la función judicial o sus comisiones para solicitar al Ombudsman o Defensor una “investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias”.⁴⁵

Se suma además en favor de esta labor la obligación “con carácter de preferente y urgente” de brindar colaboración que tienen los poderes públicos las Administraciones y las Autoridades para que el Ombudsman pueda realizar las inspecciones correspondientes en la fase de investigación y comprobación de una queja o en expediente iniciado de oficio”. Para el efecto, no podrá negársele el acceso a ningún archivo, expediente o documento relacionado con la investigación o a cualquier persona que se requiera entrevistar o inclusive podrá “personarse para comprobar cuantos datos fuere menester”.⁴⁶

El Defensor ecuatoriano tiene un amplio poder investigativo; ya sea de oficio o en el proceso de trámite de una queja, a petición de parte cuando se trate de defender la observancia de los derechos individuales y colectivos y cuando patrocine los recursos constitucionales de hábeas corpus, hábeas da-

44 En Suecia y en Finlandia, el Ombudsman puede tener acceso a los documentos y minutas de los tribunales y estar presente en las deliberaciones; así como también solicitar información a cualquier tribunal o autoridad y funcionario civil.

45 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español, 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo I, artículo 9.2. Las atribuciones investigativas del Defensor del Pueblo español se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas. Artículo 10.2.

46 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español, 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo IV, artículo 19.

ta y de amparo ya sea que éstos provengan del sector público o de los particulares. “Sus facultades de investigación se extienden a las actividades de cualquier autoridad, funcionario, empleado público o personas jurídicas relacionadas con los casos que se investiguen”.⁴⁷

Como un avance importante que va siendo característica que comparten otros Defensores, sobre todo a nivel latinoamericano, podemos señalar el deber que tiene de “proteger y defender, de oficio o a petición de parte, las violaciones de derechos humanos que sufran los ecuatorianos residentes en le exterior, mediante la utilización de vías diplomática o judicial internacional”.⁴⁸

La obligación de colaborar de manera “activa e inmediata, con ayuda técnica, logística funcional o de personal” y la de proporcionar toda clase de información sin reserva, por parte de toda autoridad pública y de los particulares, debe ser suministrada en el plazo de ocho días; la falta de colaboración se entenderá como un desacato, que en el caso de los funcionarios y empleados del sector público será sancionado a pedido del Defensor, previo un procedimiento sumario administrativo, con una multa de uno a diez salarios mínimos vitales y, según la gravedad del caso, hasta la destitución del cargo. Tanto el Defensor como el afectado podrán impugnar la resolución ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Estas sanciones no excluyen ni interrumpen la acción penal por delitos contra las libertades constitucionales, ni la civil por daños y perjuicios. En el caso de los particulares, el Defensor del Pueblo podrá interponer las acciones correspondientes.⁴⁹

Otra forma de colaboración importante que recibe la Defensoría es la de los defensores públicos,⁵⁰ quienes patrocinarán las acciones y recursos con el fin de garantizar el derecho de defensa y de tutela penal efectiva en las indagaciones previas y en las investigaciones procesales penales.

2.2.1. Inspecciones sucesivas

Las quejas, solicitudes o reclamos que hace el ciudadano son medios con los que cuenta el Ombudsman para supervisar el trabajo de la administración y el cumplimiento de los derechos fundamentales; pero éstas no son las únicas claves para abrir una investigación. El Ombudsman tiene el poder de actuar *ex officio* por iniciativa propia. Las ideas de investigar ciertos casos las puede adquirir a través de las inspecciones que algunas legislaciones le encargan realizar de manera explícita. Del conjunto de las quejas que recibe, puede aunar las inquietudes y los problemas similares que se presenten en la

47 LODP del Ecuador, artículo 13.

48 LODP del Ecuador, artículo 8, literal o.

49 LODP del Ecuador, artículo 21, 22 y 23.

50 LODP del Ecuador, artículo 11 y LOFJ, artículo 144.

sociedad y convertirlos en casos especiales de interés público que posteriormente pueden devenir inclusive en propuestas a reformas legales de interés para la función legislativa.

Debido a lo lábil que puede resultar el cumplimiento de los derechos humanos, especialmente en ciertos medios, las visitas periódicas a los centros de rehabilitación social, unidades de investigación, recintos policiales y militares⁵¹ están dentro de los deberes que debe observar el Defensor.

En España, como hemos visto, el Defensor del Pueblo también está autorizado para actuar de oficio,⁵² pero cuando se trate de quejas referidas al funcionamiento de la administración de Justicia, el Reglamento de Organización y Funcionamiento, en el artículo 25, en concordancia con el artículo 13 de la Ley Orgánica, establece que deberá hacerlo “coordinadamente con el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado, en su caso, a quienes informará del resultado de sus gestiones”. Continúa indicando que “de cuantas actuaciones acuerde practicar en relación con la Administración de Justicia y del resultado de las mismas dará cuenta a las Cortes Generales en sus informes periódicos o en el Informe Anual”. Al parecer el legislador pretendió con esta disposición también controlar en cierta forma la capacidad de actuar de oficio del Defensor sin coartarla. En comparación con algunas legislaciones iberoamericanas, y específicamente con la del Ecuador, esta potestad conferida al Defensor no tiene tal restricción.

Finalmente, cabe señalar una acotación importante al procedimiento que hace Fairén Guillén,⁵³ respecto al “doble papel de las inspecciones” y la diferencia esencial que él encuentra entre las inspecciones efectuadas por iniciativa de parte y las efectuadas *ex officio*. La primera, que se inicia con la queja al Ombudsman “tiene carácter simplemente probatorio”, mientras la segunda, sin queja previa, es la primera actuación del Ombudsman y tiene un doble objetivo: “1) el de averiguar ‘hechos desconocidos’ hasta entonces por el ombudsman ignorados, y 2) —si aparece el ‘injusto’— abrir inmediatamente una investigación”. Estos hechos, ya sea de “contribuir a formar su convicción” cuando la investigación esté ya iniciada o de “provocar” la apertura de una investigación, son matices importantes, “ya que en el primer caso, a) el ombudsman actúa cuando ya se ha denunciado una infracción de ley, etc., por medio de la ‘queja’, y en el segundo, b) el ombudsman no sabe si se ha cometido o no alguna infracción”.

51 LODP del Ecuador, artículo 8, literal i).

52 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Español, 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo I, artículo 9.1. y capítulo II, artículo 12.1. y 2.: Sobre la supervisión de la actividad de la Comunidad Autónoma y los órganos similares de la Comunidades Autónomas.

53 Fairén Guillén: o. cit., p. 393.

2.2.2. Noticias de prensa y otras fuentes de información

Otra fuente de información útil y de primera mano para el Ombudsman son las noticias de prensa. Estos medios, manejados apropiadamente, también le sirven para supervisar el trabajo de la administración. En Finlandia, así como en Dinamarca, una de las obligaciones del equipo de trabajo del Ombudsman es la revisión diaria de la prensa nacional.

En la actualidad, el sofisticado avance de los medios de comunicación, especialmente audiovisuales, atraen la atención del público a través de noticieros, programas televisivos de reportajes, denuncias y atentados contra los derechos fundamentales. Cada vez se hace más necesario un equipo de trabajo técnico y especializado que efectúe un seguimiento oportuno de estos temas que muchas veces no pasan de ser noticias sensacionalistas, pero que en ocasiones también pueden contener datos ciertos que merecen ser investigados y que son de la competencia del Ombudsman.

Hemos mencionado ya que el análisis y procesamiento de datos de las noticias de prensa también es una tarea que se lleva a cabo con éxito en la Defensoría del Ecuador. A pesar de los medidos recursos con que cuenta para inversiones de tecnología y medios de comunicación, la Defensoría ha logrado integrarse dentro del sistema de Internet y hace uso de los convenios con medios de comunicación locales, así como con organismos afines en el ámbito mundial y regional con los cuales mantiene un intercambio de correspondencia y de información que tiene a sus funcionarios actualizados y desarrollando e intercambiando ideas nuevas.

Los documentos oficiales son otra fuente de información para el Ombudsman. En el caso de Suecia, la regulación con respecto al acceso y a la utilización que debe hacer de dichos documentos el Ombudsman⁵⁴ se halla inserta tanto en la Constitución como en la Ley y el Reglamento del Ombudsman. La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo español, en el artículo 22 y siguientes, establece sobre los documentos reservados el libre acceso a todos los que él considere necesarios, “incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley. En este último supuesto la no remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y se acompañará de una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio”.

2.2.3. Interpretación de la ley

La interpretación de la ley es una función que recae sobre otros órganos de control del Estado, no sólo con carácter “obligatorio”, en virtud de la

54 Constitución sueca de 1975, artículo 6°, capítulo 12 de la “Ley de Instrumento de Gobierno”: “Un ombudsman debe tener acceso a las minutas y otros documentos de cualquier Tribunal o autoridad administrativa. [...] Cualquier Tribunal o autoridad administrativa, así como cualquier empleado civil del Estado o de las municipalidades, debe suministrar al ombudsman la información e informes que este último les pida”.

potestad legislativa, sino también con carácter competitivo, como es el caso del Tribunal Constitucional en un sistema de jurisdicción concentrada. En el ejercicio de las funciones especiales que tiene el Ombudsman, la tarea de interpretar la norma jurídica está implícita dentro de sus competencias de control. Si bien al inspeccionar las administraciones públicas éste no tiene competencia ejecutiva, ni al revisar las quejas se convierte en un juez administrativo, cuando estime que se ha producido una violación de los derechos fundamentales, algunas legislaciones lo han legitimado para iniciar recursos⁵⁵ constitucionales de amparo o declarar casos de inconstitucionalidad. Esta tarea definitivamente lo convierte en un intérprete de primer orden para dar paso a las quejas que recibe. Esta responsabilidad sumamente delicada que lo ubica al mismo nivel de interpretación legal que los tribunales es actualmente la más importante que ejerce, como nos lo demuestran los ejemplos prácticos que encontramos en sus informes de labores.⁵⁶

En la búsqueda del cumplimiento del objetivo fundamental de velar por que se cumplan las disposiciones legales, debe realizar una interpretación de la norma mal aplicada o no aplicada, para entonces incluso poder denunciar los defectos de ésta. Para ser eficaz en este ejercicio, el Ombudsman requiere de un conocimiento profundo de la ley que le permita interpretarla de forma imparcial, recordando que la razón principal de formular su punto de vista no es la de dirigir simples críticas⁵⁷ o poner en entredicho posiciones políticas o partidistas, sino la de aportar como defensor de la legalidad en la necesidad de defender el derecho objetivo y en el esclarecimiento de una problemática, para lo cual además conjuga una serie de elementos propios de la interpretación. Los criterios de la sociología y psicología jurídica son

55 Fairén Guillén: o. cit., pp. 309-310: En Suecia, “la decisión de proseguir el caso ante el Tribunal Supremo no puede ser adoptada sino por el ombudsman. En los casos iniciados ante los Tribunales inferiores, las apelaciones sólo pueden ser llevadas ante el Tribunal Supremo cuando haya especiales razones para hacerlo”. En Finlandia, “Y si bien, como ya se dijo, *supra*, el ombudsman finés no puede alterar resoluciones judiciales, ‘en el momento presente se le considera en el Tribunal Supremo como detentador del poder [*sic*] de proponer la revocación de decisiones en lo civil y en lo criminal si está involucrado el interés público. En materia administrativa sólo puede solicitar la anulación ante el Tribunal Supremo Administrativo si el error se cometió en la elaboración de la sentencia”.

56 Defensor del Pueblo Español: “Informe a las Cortes Generales del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2001”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, n° 316, Madrid, 11 de junio de 2002, pp. 381-394: “Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Tras la promulgación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se recibieron casi ochocientas peticiones, en su mayoría de particulares, colectivos sin personalidad jurídica, algunas organizaciones no gubernamentales y asociaciones, y un número reducido de ayuntamientos, cuestionando su inconstitucionalidad. [...] Es verdad que, por un lado, las múltiples implicaciones políticas, jurídicas, sociales y económicas que conlleva cualquier ley de extranjería, y, por otro, los singulares avatares recorridos parlamentariamente por la Ley Orgánica 8/2000 (que no hace al caso recordar ahora), determinaron que dicha ley no se pueda ciertamente presentar como un modelo de técnica legislativa. Son múltiples las objeciones que cabe realizar a la redacción de una buena parte de su articulado. Ahora bien, una cosa son los aciertos o desaciertos de técnica legislativa, y otra muy distinta que esos desaciertos impliquen por necesidad motivos de inconstitucionalidad. Lo que equivale a indicar que, desde la óptica del Defensor del Pueblo, no es apelando a la vía de la inconstitucionalidad, sino a la del desarrollo reglamentario de la ley, como debe orientarse su actuación.[...]”.

57 Es necesario recordar la cautela con la cual debe exponer sus criterios para no desgastar su buen nombre y autoridad, más aún siendo su trabajo, como hemos mencionado, material de primera mano de la prensa.

básicos para actuar con “humanidad”⁵⁸ cuando se trata de eximir la dureza de ciertas leyes a los grupos más débiles de la sociedad, mientras lo hace con “severidad”⁵⁹ cuando percibe la existencia de injusticias y negligencias. En definitiva, el espíritu de equidad que demuestra el Ombudsman en la interpretación de la Ley responde una vez más al principio fundamental de la *auctoritas*.

En la función de supervisión de los funcionarios públicos, puede establecer si la actuación individual de éstos responde o no a las normas administrativas establecidas y reconocer los actos punibles.⁶⁰ En la práctica, el procedimiento administrativo puede verse confrontado con decisiones discrecionales⁶¹ que en ciertos casos afecten a los administrados; cuando esto ocurre, la intervención del Ombudsman requiere, además, una investigación exhaustiva de circunstancias y hechos que por lo general están fuera del alcance de los tribunales especiales.

Según Napione,⁶² en Finlandia el Ombudsman puede interpretar las normas siempre y cuando coordine con las interpretaciones de los Tribunales Supremo y Supremo Administrativo. En Suecia, aunque la interpretación legal le corresponda al Tribunal Supremo, el Ombudsman puede pedir regularmente que las oficinas administrativas emitan la interpretación de determinadas normas, especialmente cuando éstas han sido recientemente emitidas; en contrapartida, cuando el Tribunal se pronuncia en la interpretación de alguna ley, debe de transmitir él su opinión al Ombudsman, quien está en la obligación de comentarlo en su Informe anual al Parlamento.

58 Informe del Ombudsman de Israel: Annual Report n° 1, en *Four Years of Israel's Ombudsman*, p. 6, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 308: “Es también un criterio de humanidad el que le impele a pedir al Ministro de Sanidad que hiciese rebajar los impuestos a personas físicamente incapacitadas para tomar un medio de transporte público, a fin de que pudieran adquirir un medio de locomoción propio (y que antes no estaban comprendidas como exentas fiscalmente)”.

59 Informe del Ombudsman de Israel: Annual Report n° 3, en *Four Years of Israel's Ombudsman*: “The Annual Reports of the State Comptroller in his capacity of Commissioner for Complaints from the public”, Jerusalem, ulterior a 1975, pp. 17-24, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 307. Existen varios ejemplos dignos de mencionar, que inclusive pueden servir de guía práctica para quienes se encuentran ejerciendo las funciones y afrontan similares problemas.

60 Defensor del Pueblo Español: “Informe a las Cortes Generales del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2001”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, n° 316, Madrid, 11 de junio de 2002, p. 114: “3.1.2. Tratamiento Incorrecto. En ocasiones los ciudadanos denuncian el trato, a su juicio incorrecto, que les ha sido proporcionado por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta Institución es consciente de las dificultades que entraña la investigación de estos hechos, pues en muchas circunstancias, y lógicamente, sólo podrá disponerse de dos versiones contradictorias, sin ningún indicio material que permita discernir la veracidad de cada una de ellas. A pesar de ello, en algunas ocasiones, por la gravedad de los hechos denunciados o por la existencia de circunstancias que lo aconsejan, se ha procedido a investigar estas quejas ante las autoridades correspondientes [...]”.

61 O. Alzaga: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1979, p. 355. Se ha considerado que el DP podría ocuparse de la vigilancia de determinadas prácticas viciosas, a veces corrientes en la Administración, y de faltas de ética. También G. Zagrebelsky: “Problemi costituzionali sulla nomina di un commissario parlamentare in Italia”, en C. Mortati, *L'Ombudsman (Il difensore civico)*, UTET, Turín, 1974, p. 152, se refiere a las posibles disfunciones propias de los mismos procedimientos administrativos cada vez más complejos. En otras latitudes se refieren a la mala administración, entendida como negligencia, lentitud, pérdida de expedientes, retraso, incompetencia, ineptitud, arbitrariedad, perjuicio, despotismo, etc., actitudes todas que acarrearán igualmente injusticias.

62 Giovanni Napione: *L'Ombudsman, il controllo della pubblica amministrazione*, Varese, Guiffirè, 1969, pp. 96-97.

En el caso del Ecuador, el Defensor, dotado de las atribuciones que la Ley Orgánica le ha conferido, se enfrenta con la necesidad de interpretar la norma tanto al analizar las quejas como al actuar de oficio,⁶³ al presentar demandas⁶⁴ de inconstitucionalidad como al patrocinar otros recursos, y sobre todo al pronunciarse sobre los casos sometidos a su consideración, con criterios que constituirían doctrina para la defensa de los derechos humanos.⁶⁵

2.2.4. Opinión y sugerencias prelegislativas

Aunque sea una característica común que las opiniones del Ombudsman no tienen fuerza legal, el valor que se les atribuye, reiteramos, parte nuevamente de su *auctoritas*. En el derecho comparado podemos observar una cierta “evolución” del contenido de las decisiones que el Ombudsman puede emitir; así hallamos, con sus propias características semánticas, que las opiniones,⁶⁶ las recomendaciones, las críticas,⁶⁷ las admoniciones⁶⁸ o reproches, los recordatorios, las sugerencias, son términos de difícil diferenciación, pero que, a pesar de que sus efectos sean los mismos, son importantes en el momento de ser requeridos para calificar las intervenciones y sobre todo para medir la incidencia que éstas puedan llegar a tener.

En el caso de España, el resultado de la investigación de los hechos que se ponen a consideración del Ombudsman y que éste presenta en su informe anual son las resoluciones. Para abordar en detalle sus matices, se han diferenciado en “recomendaciones, sugerencias, recordatorios de deberes legales, advertencias y recursos de constitucionalidad y amparo. Las recomendaciones y sugerencias se presentan en cada uno de ambos tipos separadas en tres grupos: las admitidas, las rechazadas y las pendientes de recibir respuesta”.⁶⁹ Además, pueden incluirse investigaciones que han sido desarrolladas como tratamientos monográficos de determinados temas cuya importancia ha requerido de un estudio especial con miras a plantear posibles sugerencias.

63 LODP del Ecuador, artículo 1, literal b.

64 LODP del Ecuador, artículo 8, literal e.

65 LODP del Ecuador, artículo 8, literal k.

66 Fairén Guillén: o. cit., p. 453: “En Noruega, aunque las ‘instrucciones’ hablan de la ‘opinión’ del ombudsman —y no de sus ‘recomendaciones’—, en la práctica se utiliza esta expresión y se la distingue de las ‘críticas’”.

67 Hidén, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 450. “En Finlandia, la ‘crítica’ se confunde con el ‘recordatorio’ y con las ‘representaciones’ (expresión esta última utilizada en el art. 4.º de las ‘Instrucciones’: ‘El Ombudsman está legitimado para hacer representaciones al Consejo de Ministros si éste mismo o uno de sus miembros ha procedido contra la ley en el ejercicio de sus funciones oficiales. En este caso debe especificarse lo que se produce contra la ley en el modo de proceder. Si la representación del Ombudsman fuese desatendida, él mismo está legitimado para poner el asunto en conocimiento del Parlamento); aquí, según Hidén, no se trataba de ‘criticismo’, sino de simples ‘recordatorios’, de los que cita cuatro en concreto”.

68 Lundvik, Wennergren y Thyresson, en *The Swedish Parliamentary Ombudsman, Informe 1976-1977*, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 450: “El arma principal del ombudsman en el futuro debe ser la de amonestar o criticar a funcionarios hallados en falta”.

69 Defensor del Pueblo Español: “Informe a las Cortes Generales del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2001”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VII Legislatura, n.º 316, Madrid, 11 de junio de 2002, p. 334.

cias prelegislativas o reformas legales.⁷⁰ En México, la Comisión de Derechos Humanos del DF elabora recomendaciones⁷¹ en respuesta a las quejas recibidas, mientras que la Defensoría del Pueblo del Ecuador emite pronunciamientos.⁷²

En varios países los Ombudsman tienen la facultad de examinar inclusive los trabajos preparatorios, anteproyectos y discusiones de normas y leyes y emitir su opinión al respecto, si bien, según Napione, esta disposición no pasa de ser mera “sugerencia” y no un “poder jurídico propiamente dicho”.⁷³ En cambio, en el caso de Finlandia, como opina Fairén Guillén, el Ombudsman tiene el “derecho” —de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, artículo 59 de la Ley del Parlamento y artículos 2 y 4 de las Instrucciones— de estar presente en las sesiones plenarias, habiendo recibido previamente la agenda de cada uno de los ministros y pudiendo intervenir en los debates con su opinión, pero no en las resoluciones.

Además, el artículo 8 (enmendado el 8 de febrero de 1928) le encargaba ya la observancia de imperfecciones, expresiones inadecuadas, fraseología conflictiva de leyes y normas que posteriormente dan lugar a interpretaciones diferentes y a inconvenientes en la práctica legal y administrativa. “Aun cuando no tengan un efecto legal vinculante”,⁷⁴ pueden someter al Parlamento, al Presidente de la República, al Consejo de Ministros o a cualquier autoridad pública a las proposiciones basadas en sus observaciones. En este sentido, la opinión que el Ombudsman vierte sobre la interpretación que hace de la ley puede ser la base de una sugerencia prelegislativa para modificar, corregir o crear una nueva estructura normativa o cualquier otra medida administrativa que el Estado deba adoptar.

Los informes de labores están llenos de casos que ejemplifican las reformas legales efectuadas en las legislaciones luego de las sugerencias he-

70 Ídem, *Informe Anual 1996 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 1997, pp. 37-65.

71 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México: “Octavo Informe de Labores de la CDHDF”, *Gaceta*, n° 10, año VIII, octubre de 2001, pp. 17-42. En realidad el porcentaje de recomendaciones es bajo (0,23%) con respecto al número de quejas que se presentan (del 1 al 30 de septiembre de 2001); para obtener una visión global del trabajo que realiza es necesario analizar conjuntamente los tipos de conclusión de las 5.652 quejas tramitadas: Por solución durante su tramitación (52,97%); por orientación al quejoso (12,58%); por incompetencia de la CDHDF (4,55%); por desestimiento del quejoso (2,83%); por acumulación (0,87%); por falta de interés del quejoso en la continuación del procedimiento (8,60%); por tratarse de hechos no violatorios a los derechos humanos (17%); por acuerdo de no responsabilidad (0,02%); mediante procedimiento de conciliación (0,14%); y por no haber evidencias que permitan la identificación del autor del acto violatorio de derechos humanos (0,09%).

72 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe...*, o. cit., pp. 83-94: Con respecto a la inhibición de los jueces de lo civil para resolver sobre el recurso de amparo, el Defensor del Pueblo, “me permito formular la siguiente exhortación: 1. A los jueces y tribunales [...]. 2. Al Tribunal Constitucional [...]. 3. Al Consejo Nacional de la Judicatura, [...]. 4. A los colegios de abogados del país, para que sus miembros contribuyan a mantener a plenitud la vigencia recta y eficaz del recurso de Amparo, [...]”.

73 Napione: *L'Ombudsman...*, o. cit., p. 98.

74 Aalto, p. 20, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 316: “Las sugerencias del ombudsman no contienen, habitualmente, un borrador preparado ya para las nuevas regulaciones, sino tan sólo las observaciones del mismo y su posición sobre el asunto. No hay establecido un procedimiento para el reconocimiento de los resultados de tales propuestas; pueden ser consideradas como un punto débil en el sistema de supervisión”.

chas por los Ombudsman con el fundamento de las situaciones reales que se presentaron a través de las quejas.⁷⁵

2.3. Procedimiento

Dentro de las facultades del Ombudsman o Defensor del Pueblo hemos destacado que el procedimiento sumario e informal es una característica fundamental para lograr a través del acceso directo cumplir con el objetivo de servir con eficacia al ciudadano afectado. A continuación revisaremos algunos de los pasos que sigue la investigación, recordando que, a pesar de los vastos poderes que tiene el Ombudsman para la búsqueda de información, así como de la flexibilidad y adaptabilidad del procedimiento frente a las exigencias particulares de cada caso y de no ceñirse al concepto del *procedimiento jurisdiccional* clásico,⁷⁶ debe seguirse, como principio fundamental del modo de actuar con autoridad basada en el prestigio personal, la superioridad moral y la conciencia de su alta responsabilidad. Además, en varios procedimientos el Ombudsman ya sólo tiene el derecho de actuar, como hemos visto, sino inclusive la obligación de ejercer las funciones de acusador, que tampoco puede ser comparada con la de los jueces tradicionales, pero tiene sus formalidades.

2.3.1. Interposición del reclamo

En la gran mayoría de los casos, el procedimiento se inicia con la queja de los afectados,⁷⁷ aunque algunas legislaciones aceptan inclusive tramitar reclamos de quejosos que no tengan interés directo.⁷⁸ Algunos ordenamientos jurídicos difieren en cuanto a quién o quiénes tienen derecho a presentar

75 Defensor del Pueblo Español: *Informe Anual 1996 y Debates en las Cortes Generales*, Madrid, 1997, p. 346: "En el ámbito de la atención y protección a la infancia, es menester dejar constancia de la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya exposición de motivos se señala que el texto legal se hace eco de las demandas formuladas, entre otros, por la institución del Defensor del Pueblo. Esta institución había dedicado un tratamiento específico en el estudio sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España, realizado en el año 1991, a las garantías que deben rodear el internamiento de los menores de edad por razón de trastorno psíquico. La reforma que introduce la referida ley orgánica en el artículo 211 del Código Civil viene a resolver el problema, al señalar de forma inequívoca que los internamientos por tal razón requerirán autorización judicial, aun en el caso de que el afectado esté sometido a la patria potestad (9125665)".

76 Alcalá Zamora Castillo: "Notas relativas al concepto de Jurisdicción", en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974, Tomo I, p. 54.

77 Audvar y Walnum, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 365: "En Noruega, según el Anteproyecto de Ley del Ombudsman, cualquier persona podría presentar una queja al Ombudsman; pero el Gobierno restringió el proyecto al exigir cierto interés, como condición para que la queja se admitiera; pero esto no va más allá de pedir que el quejoso debe ser afectado por el asunto personalmente. Si la supuesta injusticia hubiera afectado a una persona diferente del quejoso, la queja debe ser presentada a dicha persona antes de que se tomen las medidas pertinentes".

78 Hidén, Pedersen y Kregemorse, citados por Fairén Guillén: o. cit., pp. 364-365: En Finlandia y Dinamarca, cualquier persona puede formular una queja al Ombudsman; "cualquiera, incluso una persona no necesariamente interesada puede hacerlo; sin embargo, y en la práctica, si el quejoso no tiene un interés razonable en el caso, el Ombudsman se mostrará reacio a iniciar una investigación".

la queja ante el Ombudsman. Por lo general, no existen limitaciones respecto a la personería natural o jurídica. En Suecia, la Ley de Instrucciones, sección 5^a, trata de las quejas recibidas por el “público en general”; no se exige la prueba de un interés particular; cualquier ciudadano⁷⁹ puede quejarse ante el Ombudsman: nacionales, extranjeros, adolescentes, niños, profesores, estudiantes, profesionales, obreros y los propios miembros del *Riksdag*; inclusive pueden hacerlo quienes están privados de libertad y todos, si así lo desean, exigir un certificado de que la queja ha sido presentada. En el Ecuador, hemos mencionado la disposición contemplada en la Constitución y que se repite en la Ley Orgánica, en el artículo 14: cualquier persona que invoque interés legítimo, en forma individual o colectiva, puede presentar una queja, incluidos los incapaces relativos, y por los absolutos, sus representantes.

Al facilitar la interposición del reclamo, rigen los principios de acceso directo con el ciudadano; quizás la restricción que existe en algunas legislaciones responde a la necesidad de exigir una cierta responsabilidad por parte de quien presenta una queja, para evitar que hagan mal uso de ella los que persigan otros objetivos, ya sea políticos o inclusive propagandísticos para desacreditar o tratar de tomar ventaja del sistema. La ley ecuatoriana contempla rechazar las quejas anónimas, las que revelan mala fe, carencia de pretensión o fundamentos, y aquellas cuyo trámite irroque perjuicio a derechos de terceros.⁸⁰

En este sentido y guardando el principio de observar el interés legítimo, algunas legislaciones también exigen que la queja se presente “en escrito razonado” y lleve la firma de responsabilidad del quejoso.⁸¹ La Ley Orgánica ecuatoriana dispone en el artículo 15 que éstas “podrán ser formuladas por escrito o verbalmente”; que “serán reducidas a escrito y firmadas por quien las formule; de no saber firmar, bastará la impresión de la huella digital, el registro de la cédula de identidad o pasaporte. A falta de la cédula de identidad, valdrá la de un testigo que declare conocer al actor”.

En primer lugar, recibida la queja, si es del caso que la acompañen documentos, se comprueban éstos y su admisibilidad para proceder al trámite. Antes de registrar su aceptación a trámite, sobre todo para obviar in-

79 Iguales disposiciones hemos encontrado en otras legislaciones a las cuales hemos hecho referencia en el inciso sobre “Acceso directo al ciudadano”; así la LODP española, especialmente artículo 9 y 10, la LODP ecuatoriana, artículos 12-20.

80 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 17.3: “El Defensor del Pueblo rechazará las quejas anónimas y podrá rechazar aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Sus decisiones no serán susceptibles de recurso”. LODP del Ecuador, artículo 14.

81 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 15.1.

terferencias y no duplicar el trabajo investigativo, algunas legislaciones han preferido denegar aquellas que tengan pendiente una resolución judicial.⁸² Así, en el caso del Ecuador, la Ley Orgánica, en el artículo 18, dispone que, “cuando la cuestión o asunto objeto de la queja estuviera sometida a resolución judicial o administrativa, la Defensoría del Pueblo se limitará a vigilar el respeto al debido proceso, pudiendo para este efecto interponer las acciones y recursos contemplados en la Constitución Política de la República y la Ley”.

Un procedimiento formal, pero que resulta necesario para la persona que interpone la queja, es el recibir una acuse de recibo de la autoridad.⁸³ La 7ª instrucción del Ombudsman finés se limita a decir que el quejoso puede reclamar y obtener una respuesta acusando recibo de su carta de queja. Una acotación importante dirigida a proteger la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas es la que hace la Ley Orgánica ecuatoriana, artículo 16: en los casos de quejas sobre hechos que las afecten, el “Defensor del Pueblo, de encontrarlas fundadas, promoverá sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución”.

Una vez admitida la queja, entra en una etapa administrativa preliminar dentro de la Oficina de la Defensoría. El curso del procedimiento depende del grado de organización interna y de la forma en la cual esté distribuido el trabajo. Es necesario fijar una metodología de trabajo a seguir durante el procedimiento para alcanzar la agilidad necesaria que requieren las características que lo distinguen. Las reglas de trabajo de la Oficina del Ombudsman finés contienen una serie de disposiciones útiles, como son, por ejemplo, las de organizar la oficina y su personal según temas específicos, la necesidad de llevar libros de registros de correo, de correspondencia y de ingreso de quejas, instruir cada caso durante el procedimiento, fijar un sistema de reparto del trabajo, así como de sustituciones de personal en el caso de que ocurra algún impedimento; sin embargo, según el ombudsman Aalto, es finalmente “la propia naturaleza particular de cada caso lo que determina el procedimiento. Las posibilidades varían: el caso, a veces, puede ser resuelto sin que sea necesaria otra previa información; puede ocurrir que sólo sean necesarios documentos remitidos por la Oficina interesada; que sean necesarias declaraciones hechas por dicha Oficina o posiblemente por autoridades más altas; que sean necesarias

82 Ibidem. artículo 17.2: “Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre problemas generales planteados en las quejas presentadas. En cualquier caso velará por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le han sido formulados”.

83 Ibidem, artículo 15.2.

aclaraciones adicionales; que se precise una nueva constatación de la queja; que el ombudsman encuentre necesario ordenar investigaciones a la policía, etc.”.⁸⁴

El Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador dispone que la Dirección Nacional de Quejas aceptará al trámite y sustanciará las quejas “hasta ponerlas en estado de resolución de primera instancia”, y requerirá “los informes necesarios para la investigación y esclarecimiento de los hechos materia de la queja”.⁸⁵ La Defensoría cuenta a nivel operativo⁸⁶ con varias unidades diversificadas de acuerdo con los temas de más concurrencia; cada una de ellas cuenta con personal técnico capacitado en las diferentes áreas que coordinan el trabajo a nivel nacional.

El Ombudsman o el Defensor del Pueblo tiene la obligación de promover la investigación con la característica de “sumaria e informal”. En el Ecuador se admite cualquier medio de prueba conforme a derecho.⁸⁷ Seguidamente se notifica a los “presuntos responsables de las acciones u omisiones materia de la queja, para que contesten en un plazo de ocho días, prorrogables por ocho días más, a petición fundamentada de parte y sin perjuicio de lo contemplado en el artículo 16 de esta Ley; la falta de contestación será tomada como aceptación de la queja, debiéndose en todo caso investigar sobre sus fundamentos”. Al exigir una respuesta a la queja, cada legislación contempla diferente plazo; en España, una vez que ha informado el contenido sustancial de la solicitud al jefe o al organismo de la dependencia administrativa, da un plazo máximo de quince días para que conteste por escrito, únicamente a juicio del Defensor, cuando concurren circunstancias especiales, se ampliará este plazo.⁸⁸

Puesta en conocimiento de la parte pasiva interesada, “hay un principio fundamental del proceso —y del procedimiento— que se respeta, que es el de la contradicción (*audiatur et altera pars*)”.⁸⁹ Por otra parte, la administración también tiene la oportunidad de comentar lo que haya sido alegado en su contra. El funcionario o autoridad contra el que se formuló la queja tiene el derecho de actuar, pero además tiene la obligación de contestar. En la LODP española, el Defensor del Pueblo dará cuenta de la queja “al afectado y a su inmediato superior u Organismo de quien aquél dependiera. El afectado responderá por escrito, y con la aportación de cuantos documentos y testimonios considere oportunos, en el plazo que se le haya fijado, que en nin-

84 Aalto, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 409.

85 Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: artículos 21-23.

86 Organigrama de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: Anexo n° 8.

87 LODP del Ecuador, artículo 19.

88 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 18.

89 Fairén Guillén: o. cit., p. 404.

gún caso será inferior a diez días, pudiendo ser prorrogado, a instancia de parte, por la mitad del concedido. El Defensor del Pueblo podrá comprobar la veracidad de los mismos y proponer al funcionario afectado una entrevista ampliatoria de datos. Los funcionarios que se negaren a ello podrán ser requeridos por aquél para que manifiesten por escrito las razones que justifiquen tal decisión”.⁹⁰

En Finlandia, el ombudsman debe oír siempre (“dar oportunidad a que presente explicaciones”) al funcionario interesado; en Dinamarca, la queja debe comunicarse “lo más rápidamente posible al departamento interesado para que produzca una declaración”; en Noruega, la queja debe ser presentada, en general, “a la dependencia o empleado (*sic*) interesados”; en Inglaterra también se debe conceder una oportunidad “al funcionario principal de la autoridad o departamento interesados para comentar los alegatos contenidos en la actuación por la cual se reclama o la autorizó”. La única excepción a la regla se da en Noruega “cuando se estima que el procedimiento va a evitar la instrucción sobre el caso”. En la regulación inglesa, “la audiencia prevista en la sección 7ª, 1, de la ley, al funcionario principal del departamento o autoridad interesados, se da antes de que el Comisionado resuelva si ha lugar o no a ulterior investigación”.⁹¹

La información que recibe el Ombudsman tiene carácter reservado; éste está obligado a guardar secreto sobre cualquier cuestión de la que pueda llegar a tener conocimiento en el desempeño de sus funciones. En Nueva Zelanda, “el ombudsman y su equipo deben prestar juramento de guardar secreto relativo a la información que obtengan, pero están protegidos (mas no de modo absoluto) contra procedimientos legales relacionados con lo que se dice o hace en el cumplimiento de sus obligaciones legales”.⁹² También el Defensor del Pueblo ecuatoriano, los adjuntos y comisionados están obligados a mantener la misma reserva cuando requieran información que por la ley debe mantenerse como secreta. No podrán por consiguiente difundirla o hacerla pública, sino solamente utilizarla como elemento para ilustrar sus criterios respecto de los hechos que se investigan.⁹³

El Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Español especifica en el artículo 26 que únicamente el Defensor, los Adjuntos o el Secretario, en su caso, tendrán acceso a los documentos e informes clasificados oficialmente como secretos o reservados. Incluye además la

90 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo IV, artículo 20. También en la LODP del Ecuador, artículo 21, que hemos citado en el acápite 6.2.2. de este capítulo: “Investigación y colaboración”.

91 Aalto, Hidén, Pedersen, Audvar, Waldnum y Stacey, citados por Fairén Guillén: o. cit., pp. 404-405.

92 Northey, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 418.

93 LODP del Ecuador, artículo 21.

responsabilidad en el manejo interno, la clasificación, la custodia y la prohibición de referirse a los documentos secretos en los informes. En todos los casos se da prioridad al tratamiento de revelar los asuntos de carácter confidencial que el Ombudsman haya llegado a conocer en el desempeño de sus obligaciones. Otras legislaciones contemplan además que esta obligación no se extingue aun cuando éste deje su puesto; en el artículo 9º de las Instrucciones, el Ombudsman danés tiene la obligación de guardar secreto profesional sobre situaciones y hechos que no son públicamente conocidos y sobre secretos de industria o comercio; “el secreto profesional perdura también después del cese del ombudsman. El mismo secreto profesional liga al personal a su servicio”.⁹⁴

Otra regla principal del procedimiento que se observa en todas las legislaciones es la de comunicar al quejoso el resultado de su trámite⁹⁵ o el rechazo de éste, por escrito, explicando motivadamente las razones y además informándole sobre las alternativas legales, acciones o recursos que pueda ejercitar, “sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes”.⁹⁶

Últimamente las múltiples organizaciones de derechos civiles y asociaciones afines cumplen un papel importante de intermediación de la sociedad civil. A ellas acuden varias personas con intereses similares a presentar sus quejas para que éstas las asistan. El trabajo conjunto de difusión y educación ciudadana entre estos organismos y los Ombudsman o Defensores vuelve cada vez más eficaz la posibilidad de hacer uso de la queja colectiva.

2.3.2. *Contenido de la queja*

El reclamo lleva implícita la formulación de una pretensión por parte del ciudadano que quiere alcanzar a través de la gestión del Ombudsman el resarcimiento de sus derechos. Para ser admitida la queja, la narración y fundamentación del motivo deben demostrar que, además del interés personal, existen hechos susceptibles de ser probados, y mejor aún si a la fundamentación se acompaña algún documento de relevancia para la investigación y el examen del caso. De los informes anuales surge —cosa que la doctrina admite— que los Ombudsman deben tener en su poder un mínimo de material

94 Fairén Guillén: o. cit., p. 417.

95 Audvar, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 405: “Esto es, al lado del ‘Informe General’ del ombudsman al Parlamento o de otro ‘especial’ que la haya remitido, el quejoso, en general, debe saber el resultado de su queja. Pero esta regla tiene excepciones. Así, en Noruega corresponde al ombudsman el fijar cuánta información de la obtenida debe ser comunicada al quejoso para que la comente. Evidentemente, influyen en ello las restricciones que al ombudsman se imponen en cuanto al examen de documentos oficiales. Y el ‘secreto’ en la comunicación de sus decisiones al propio interesado —al quejoso— se basa en razones de sentido común”.

96 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Título II, capítulo III, artículo 17.1. De igual forma, en la LODP del Ecuador, en el artículo 17.

fáctico al comenzar su investigación. Aparte de que cumpla con los requisitos señalados a continuación, hay que admitir también que una queja puede ser rechazada sin dar lugar a más investigaciones si el Ombudsman estima que le faltan fundamentos. Sin embargo, gracias a los extensos poderes que éste posee para iniciar los procedimientos, siempre puede requerir a otros y al quejoso mismo para interrogarlos o pedirles más información para sustentar el reclamo.

La queja no debe necesariamente contener una petición; un hecho calificado como injusto es suficiente argumento para la fundamentación; pero cuando como consecuencia se ha sufrido un daño, también puede alegarse la pretensión de la reparación de los daños. Debido a que los Ombudsman no tienen la capacidad de condenar o de absolver, lo que suele hacer es, de modo informal, solicitar a quien corresponda la reparación de daños y perjuicios. Lógicamente, será con posterioridad el afectado mismo quien debe pedir judicialmente la indemnización de daños y perjuicios y de igual forma, en el caso de haber delitos, la acción penal correspondiente. La legislación sueca ofrece varias alternativas: cuando se trata de una infracción penal, “el Ombudsman, usualmente, acusa, a fin de dar al damnificado oportunidad de pedir y obtener la reparación de los daños e indemnización de perjuicios”; el Ombudsman, de oficio, vista la situación estudiada, sugiere a la autoridad competente que conceda la reparación, o bien deja que el quejoso, una vez obtenida una decisión (no vinculante, pero decisión) a su favor, pretenda la reparación ante la autoridad competente; o, finalmente, el Ombudsman apoya al peticionario en los casos en los que se le haya impuesto injustamente una pena, a fin de que acuda a un recurso, o pidiendo clemencia al Gobierno en su nombre”.⁹⁷

2.3.3. Requisitos

Dentro del mismo ámbito de acceso directo del ciudadano, se trata de que los requisitos para presentar una queja sean mínimos. No se requiere la intervención de un letrado para interponer el reclamo. Cuando de por medio existen disposiciones de diferente orden que motiven gastos extras para el agraviado, de hecho van a significar más obstáculos, que además de contrariar la naturaleza misma de la gratuidad del servicio contrarían también el principio democrático de recurrir al Ombudsman. Por otro lado, en materia de procedimientos, como opina Nebenzahl, no existe una verdadera “jurisdicción”, por lo cual “nos parece claro que los Ombudsman deben extender su potestad tuitiva en todo momento, supliendo así la falta de formación ju-

97 Bexelius, Lundvik, Thyresson y Wennergren, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 378.

rídica del ciudadano postulante”.⁹⁸ Sin embargo, como en el caso de la Defensoría del Ecuador, que contemplan el patrocinio de acciones y recursos, para “garantizar el derecho de defensa y la tutela penal efectiva en las indagaciones previas e investigaciones procesales penales”, la ley contempla que los defensores públicos estarán a sus órdenes e “intervendrán en todas las diligencias en que los interesados no puedan proveer a su propia defensa”; más aún, a falta de ellos, se encomendará a un “abogado en libre ejercicio profesional”.⁹⁹ En definitiva, los requisitos para interponer un reclamo ante el Ombudsman nunca deben suponer un impedimento, ni un retraso por meros formulismos; su procedimiento implica contrarrestar los trámites burocráticos y, de ser necesario, modificar las estructuras administrativas.

2.3.4. Plazo de caducidad

El tiempo para que caduquen los derechos del ciudadano a interponer la queja varía dentro de la legislación, aunque casi siempre el límite es de un año. Serán las circunstancias específicas las que determinen finalmente la posibilidad de considerar una ampliación o prórroga. En Suecia, la Ley de Instrucciones, sección 20, establece un plazo de dos años; dice que el Ombudsman “no puede investigar circunstancias que se dieron más de dos años antes de la recepción de la queja, excepto si es esencial que el caso sea investigado en interés público”. Dinamarca y Noruega también establecen el plazo de un año, con la salvedad para el caso de la primera de que, cuando depende de “una decisión de una autoridad administrativa superior”, el plazo cuenta “a partir de la resolución de ésta (y no de la producción del daño de la autoridad inferior)”. (Todo ello sin perjuicio de la potestad de los Ombudsman sueco, finés y danés de iniciar una investigación *ex officio*, en cuyos casos no cuenta el tiempo transcurrido. Cf. *infra*.) En Inglaterra, según la Ley del Comisionado, sección 6.2, el plazo para presentar una queja a un miembro de la Cámara de los Comunes es de doce meses contados “desde el día en que la persona agraviada haya tenido conocimiento de los hechos alegados en la queja”.¹⁰⁰ En España, el artículo 15.1 establece “el plazo máximo para la tramitación de la queja de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma”. Finlandia es la excepción: no existen limitaciones de tiempo para quejarse y “se admite que los ciudadanos presenten inclusive repetidas quejas sobre el mismo asunto”. La Ley Orgánica del Ecuador no menciona nada al respecto.

98 NEBENZAHL: *The Commissioner for Complaints*, citado por: Fairén Guillén: o. cit., p. 372.

99 LODP de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: artículo 11.

100 Lundvik, Thyresson y Wennergren, Aalto, Paavo Kästari, Audvar y Northey, citados por Fairén Guillén: o. cit., pp. 380-381.

En cuanto al momento en el cual se inicia el plazo, podemos ver que tampoco existe unanimidad de criterios. Lo que es importante destacar es que este plazo no rige para el Ombudsman, quien tiene la potestad de investigar de oficio todos los casos que involucren el interés público, aun cuando los derechos hayan caducado para el particular. En cuanto a la no vigencia de plazo por razones de interés general, bien sea porque la queja llegó tardíamente o porque existe alguna sospecha producto de sus inspecciones, los ejemplos son claros. En Inglaterra, el Comisionado podrá realizar una investigación en relación con una queja no presentada en el plazo de un año cuando estime que hay circunstancias que así lo aconsejan. En España, el alcance de las investigaciones que el Defensor del Pueblo puede proseguir de oficio también le permite investigar los casos que estén fuera del plazo descrito. En definitiva, la caducidad afecta sólo directamente al derecho ciudadano, tal vez con la necesidad de mantener “la seguridad del tráfico administrativo en una sociedad moderna”, según el criterio de Fairén Guillén, pero siempre deja abierta la posibilidad de reparar el error, aunque sea tardíamente, cuando éste existe, usando la vía indirecta y motivando la investigación de oficio cuando en el fondo de ellas existe el interés general o público.

2.3.5. Otras medidas a adoptar

La gama de las otras medidas que el Ombudsman puede adoptar con respecto a las quejas es amplia; sin embargo, lo que cabe recordar es que en la mayoría de los países, entre ellos el Ecuador, sus decisiones no son vinculantes con la autoridad; el hecho de que ésta escuche y “obedezca” al Ombudsman está en relación directa a su prestigio, al poder de su opinión fundamentada en la *auctoritas* y a la publicidad que obtenga.

Opiniones o decisiones, críticas, recomendaciones, sugerencias, admoniciones o inclusive reproches son todas medidas no coercitivas que en general dependerán en última instancia del tono, el énfasis y la publicidad con los cuales el Ombudsman las emita. En realidad, una opinión lleva implícito un punto de vista, y si a la opinión se agrega una crítica o una recomendación, es evidente que existe un criterio propio. Tratar de hacer una diferenciación muy sutil no resulta nada productivo, puesto que en definitiva el efecto que surte al emitir las es el mismo. Un caso excepcional es el de Israel, donde el Ombudsman “utiliza toda la gama terminológica, desde la ‘sugerencia’ a una autoridad hasta la ‘severa reprimenda’”;¹⁰¹ es evidente que la figura del Controlador “se ha transformado; ya no sugiere ni ‘recomienda’; ‘requiere’, ‘da directrices’. [El] personaje asume así en Israel, un carácter típico; ya tiene

101 Ombudsman de Israel: Annual Report n° 2, en *Four Years of Israel's Ombudsman*, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 451.

‘potestad’ de mando que, sin duda, exigen las especiales circunstancias del país”.¹⁰²

La etapa final de resoluciones o “recomendaciones” que adopta el Ombudsman puede tener algunas consecuencias ejecutivas o accionar la justicia constitucional. Recordemos, por ejemplo, del análisis de las reclamaciones recibidas por el Defensor del Pueblo europeo, que aun si una reclamación no es admisible dentro de su competencia el Defensor persiste en “recomendar” a qué otra agencia debe dirigirse el reclamante. Más aún en los casos que requieren de su intervención, el Defensor toma una decisión que incluye un proyecto de “recomendación”. Aunque el carácter de ésta no es coercitivo, en cierta forma sí resulta vinculante con la autoridad, puesto que la ley le exige una respuesta o informe detallado aceptando las recomendaciones hechas por Ombudsman o describiendo las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones en el plazo de tres meses.

Respecto de las resoluciones que adopta el Ombudsman, Gil Robles señalaba que, como resultado de las investigaciones que éste lleva a cabo, estas resoluciones se basan siempre en criterios de constitucionalidad y legalidad; “es decir, que nadie piense que estas resoluciones se sustentan sobre criterios puramente subjetivos, arbitrarios o de interpretación personal del Defensor sobre la realidad del ordenamiento jurídico. Cuando se formula una recomendación o sugerencia, se hace porque se aprecia una vulneración constitucional o una infracción de la legalidad y mediante el razonamiento jurídico se llega a tal conclusión y a la resolución correspondiente, cuyo exclusivo objeto es mejorar el daño producido y establecer las bases para que no se repita”.¹⁰³

2.4. *Inmunidad e independencia*

La independencia e inmunidad del Ombudsman hemos visto que deviene de su naturaleza jurídica misma; al ser electo por el Parlamento es independiente del Ejecutivo, y siendo un órgano de control ésta se convierte en una característica propia y relevante de la institución. Con este mismo fin de mantener su independencia, también hemos encontrado coincidencias en cuanto a su elección; en ella intervienen todos los partidos políticos tratando de buscar el

102 *Ibíd.*, p. 458. “Bien es verdad que los israelíes crearon en 1949 —y por evidentes razones de urgencia— las de organizar o moldear con la máxima rapidez una Administración descentralizada y habitada —y para ser habitada por gentes procedentes de diversos países, con diversas costumbres—; por lo que era necesaria la ‘dureza’ con ellas (cf.: Ley israelí, enmienda 8° de 1975, sección 13.3). El Controlador puede requerir a cualquier asociación elaborar un plan anual de operaciones basado en su situación económica y financiera durante el año en curso y que contenga un presupuesto —pronóstico— sobre sus futuras operaciones económicas y financieras, y exigirles que le sometan tal plan en el plazo que puede prescribirles; también puede darles directrices para la elaboración de dicho plan anual”.

103 Álvaro Gil Robles y Gil Delgado: “El Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional”, en *Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Universidad Autónoma de Centroamérica, Colegio Santo Tomás de Aquino, p. 244.

máximo consenso para evitar que el Defensor dependa de la mayoría de un solo partido y, por lo tanto, su posible politización o el riesgo de convertirse o ser utilizado como un instrumento de uno u otro partido político.

Hasta cierto punto el problema de la politización es independiente del hecho de que el Ombudsman esté supeditado al Parlamento. Para él el término entraña otro significado cuando tiene como una de sus tareas fundamentales el deber de velar por los valores de la democracia concebidos en el orden político, económico y social que se pretende resguardar mediante la Constitución. De allí que para su designación se haya resuelto establecer siempre una mayoría, buscando la unanimidad de criterios y los acuerdos entre los diferentes grupos, mediante un complejo sistema de votación y recurriendo, de ser necesario, a una nueva votación en busca de mayor aprobación. Otros límites impuestos que refuerzan la independencia y sobre todo evitan la politización, en el sentido de optar por una órbita u opción política concreta, los hemos mencionado ya al referirnos a los requisitos para su nombramiento o las incompatibilidades para ejercer el cargo.

La inmunidad de que goza el Ombudsman es en muchos casos más explícita, como en se observa en el contraste entre la propia Constitución y la Ley Orgánica española; mientras para los miembros de las Cortes Generales la primera señala que “los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”, la segunda dice que “el Defensor del Pueblo gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón de las opiniones que formule o los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo. [...] sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”. Esta disposición, en opinión de algunos autores, resulta más conveniente para asegurar inclusive la autonomía funcional sin tener que recurrir a la fórmula tradicional de diputados y senadores de ser enjuiciados por el Parlamento o del suplicatorio ante las Cortes, como apunta Gil Robles.

2.4.1. *Autonomía*

Sobre la independencia que el Ombudsman mantiene con el Parlamento cabe hacer algunas aclaraciones con respecto a su autonomía. Es necesario partir de la distinción entre un criterio orgánico y un criterio funcional. Como se ha indicado, el Ombudsman actúa por encargo de una autoridad, de quien recibe su nombramiento, a quien debe dar cuenta de su gestión a través de la emisión de informes y quien además lo puede cesar en los casos previstos por la ley. Pero cabe destacar lo que ya varios tratadistas han comentado: que a pesar de ser una institución orgánicamente dependiente, en su actuación y funcionamiento es libre e independiente.

Y es así hasta el punto de poder interponer recurso de inconstitucionalidad contra la actividad más propia del órgano que lo nombró: la actividad legislativa de las Cortes. No debe, por tanto, confundirse la obligación de rendición de cuentas de su actuación con una dependencia funcional. Dependencia orgánica e independencia funcional son —con todos los matices que se quiera— totalmente compatibles.¹⁰⁴

2.4.2. *Emisión de informes a la función legislativa*

De la dependencia orgánica que existe entre el Ombudsman y el Parlamento deviene la obligación de éste de mantenerlo informado. Aparte de los informes de casos particulares y de los requeridos tal vez explícitamente, el Ombudsman y todo su equipo de trabajo deben cumplir regularmente con el requerimiento de emitir un informe general anual de sus labores para que de esta forma se ejercite la supervisión del Parlamento. Este informe contiene una relación detallada del trabajo desempeñado durante el período, el resumen y los datos estadísticos de los casos más importantes, así como también de las investigaciones que se hayan llevado a cabo. A través de este informe, que se distribuye a los funcionarios administrativos, bibliotecas, prensa y otros medios de comunicación, así como al público en general, es como se da a conocer su labor.

En el caso de Suecia, el Comité Especial de Constitución sometido al *Riksdag* es el encargado de revisarlo y discutirlo. Puede solicitar al Ombudsman aclaraciones, su asistencia o los libros de registros diarios; observaciones directas con respecto a sus decisiones o a la planificación de su trabajo pueden tratarse en este nivel; sin embargo, el Comité puede proponer al Parlamento en pleno críticas más severas con respecto a ciertos campos del derecho e inclusive su destitución. Una vez terminado de revisar el informe, el Comité emite el resultado de su examen al Parlamento; los diputados pueden comentar o hacer observaciones que deben ser absueltas por el presidente del Comité o por sus miembros. En Finlandia, el borrador del informe anual lo elabora el Consejo Jurídico del Ombudsman y se lo presenta al Comité de Derecho Constitucional del Parlamento, el cual emite su informe y lo pasa al pleno de la Cámara. Por regla general el Comité invita al Ombudsman a comparecer verbalmente, ya que el Parlamento no puede dar órdenes al autor del informe, sino que se limita a dar consejos sobre las áreas a las cuales debe prestar mayor atención. Al igual que en países nórdicos, en España el informe anual se im-

104 Astarloa Villena: art. cit., p. 91.

prime y publica.¹⁰⁵ El Defensor del Pueblo lo presentará dando cuenta además oralmente, mediante un resumen a las Cortes Generales reunidas en el período ordinario de sesiones, donde pueden intervenir los grupos parlamentarios a efectos de fijar su postura.

En el contenido el informe anual, el Ombudsman dará cuenta del número y tipo de quejas, un resumen de la queja misma, las instituciones involucradas, las razones por las cuales han sido rechazadas, los argumentos de la oficina administrativa, la defensa y los resultados inclusive de las investigaciones complementarias, detallando finalmente las sugerencias o recomendaciones y conclusión del Ombudsman. En el informe no constan los datos personales, nombres o detalles que permitan identificar a las personas involucradas, y la información reservada se guarda con recelo. Especial atención fija el Ombudsman para hacer mención de los defectos de la legislación; sin ser redactados como anteproyectos de ley, son sugerencias de reformas a las que se refiere con casos concretos ocurridos durante el período.

Las Instrucciones de la ley finesa son más explícitas en cuanto al contenido del informe, El artículo 8 reza que “el Ombudsman debe presentar cada año al Parlamento un informe sobre sus funciones y sobre la observancia de las leyes y demás normas en los Tribunales y en la Administración pública. El informe también debe enumerar las resoluciones aprobadas por el Parlamento con respecto a la actuación que debió seguir al Poder Ejecutivo y que no fue completada en el año. El Ombudsman debe, además, señalar, si lo considera apropiado, cualquier imperfección hallada en las leyes o decretos, o si en ellas hay expresiones inadecuadas o fraseología conflictiva, especialmente si de ello han resultado interpretaciones diferentes, inciertas u otros inconvenientes en la práctica legal y administrativa, y debe proponer medidas para subsanar tales imperfecciones”. Las resoluciones del Parlamento no vinculan legalmente al Gobierno; por otra parte, el Ombudsman actúa como un auxiliar en la supervisión de éste y, aunque no tenga fuerza de ley, está cumpliendo con su función de instrumento de control.

2.5. *Difusión y educación*

¿Cómo introducir esta figura, *Defensor del Pueblo*, de nombre atrayente para muchos, pero incluso proclive a la demagogia para otros? “No se puede forzar a un Estado a admitir una figura, una institución extraña a él, si los

105 Defensor del Pueblo Español: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981 y nº 57, de 6 de marzo de 1992). Artículo 32: 2. Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe extraordinario que dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras si éstas no se encuentran reunidas. 3. Los informes anuales y, en su caso los extraordinarios, serán publicados.

factores circundantes no son favorables por razones de diversa e importantísima índole. [...] Gran parte depende —si no toda— de la *educación política* del pueblo español; y educarlo de tal modo cívico no va a ser tarea fácil”. La “popularidad del cargo debe depender, ante todo, de las explicaciones que al pueblo se le den sobre el mismo”. Así lo advertía ya Fairén Guillén cuando comentaba con escepticismo la introducción de esta figura “bajo el nombre inadecuado de ‘Defensor del Pueblo’ en el Anteproyecto de Constitución de 1978”. La experiencia recogida a través de los años en los informes y la doctrina existente nos demuestran que efectivamente la difusión y la educación son esenciales para que el Ombudsman llegue a obtener la confianza y popularidad de “quien no le conoce”.

2.5.1. *Publicidad del cargo, actividades y promoción*

Explicar al “pueblo” cuáles son las obligaciones de su “defensor” es una tarea que se consigue a fuerza de autopublicidad, demostrando la veracidad y efectividad del trabajo y no haciendo una simple demagogia. La *autoritas* a la cual tanto nos hemos referido se consigue no únicamente con el nombramiento de una persona con capacidad y reconocimiento social o científico; se precisa hacer público su cargo y promocionar sus varias actividades. Publicidad y educación son dos componentes que deben ir juntos. La “educación cívica” incluye, además de dar a conocer al público sus derechos y deberes constitucionales, la forma de defenderlos y cumplirlos, conocer cuáles son los organismos de control que garantizan este estado de derecho y democracia y, por supuesto, dentro de este contexto, aprender lo que es el Ombudsman, sus atribuciones, sus obligaciones y el resultado de sus actividades para poder participar activamente en el establecimiento de este orden.

La propia experiencia de los Ombudsman, adquirida justamente a través de esa interacción con los ciudadanos, así como el desarrollo de los medios de comunicación, han ido incrementando estas posibilidades. El público necesita conocer y juzgar la actividad del Ombudsman; para ello no basta conocer los informes anuales o informes especiales; la mayoría se entera a través de los medios de comunicación —como la radio, la televisión, la prensa diaria— y más aún por medio del contacto directo que éste puede establecer a través de sus visitas e inspecciones. Resulta interesante recoger las palabras de los propios Ombudsman para ponerlas en práctica como posibles estrategias, especialmente en los países donde la figura es todavía nueva.

Durante los últimos años se ha acumulado una nueva manera de funcionar del ombudsman: en conexión con sus “inspecciones” a los más lejanos puntos del país —norte y este del mismo—, se organizan reuniones públicas en las municipalidades. En tales reuniones públicas, los ciudadanos tienen la posibilidad de discutir sus problemas personales con el ombudsman, si tales proble-

mas tienen alguna relación con las leyes, y de preguntarle qué piensa sobre si la ley es bien administrada a tales efectos. Al mismo tiempo, el ombudsman tiene la oportunidad de informar a los ciudadanos sobre sus funciones, sobre la autoridad que ha recibido del Parlamento y sus posibilidades de venir en ayuda de los ciudadanos. Se quiere extender la organización de estas reuniones públicas del ombudsman con el pueblo a otras partes del país.¹⁰⁶

2.5.2. *Mentalización de los ciudadanos*

Ya en la Conferencia Internacional de Ombudsman en 1976,¹⁰⁷ el ombudsman israelí Nebenzahl hablaba sobre la “publicidad del cargo y sus actuaciones” y sobre el doble impacto directo e indirecto que el Ombudsman pretendía causar en la comunidad social y en los propios quejosos como resultado de sus labores públicas.

La publicidad no solamente puede constituir un medio para incrementar el número de quejas que lleguen al ombudsman, sino también influir en el contenido de las quejas que le lleguen. Los esfuerzos de publicidad deben ser planificados, en consecuencia, de modo que contribuyan a asegurar que la labor del ombudsman es, propiamente, una labor social. [El objetivo de dar publicidad a la institución es la mentalización de los ciudadanos sobre] su existencia en todos los estadios del proceso administrativo [...] Debe tener éxito al poner en conocimiento de los realmente infortunados miembros de la sociedad —grupos que existen en todos los países— la existencia de su servicio. [...] Por esta razón hay una especial obligación de dar a conocer bien la función de aquél y los medios de llegar a él.

Los beneficios de la actuación del Ombudsman afectan “directamente a los quejosos e indirectamente al resto de la población”. Muchas quejas sin embargo no culminan positivamente causando el impacto directo deseado, puesto que son rechazadas por injustificadas. Como decía Nebenzahl al reconocer esta desventaja de la publicidad:

La credibilidad del ombudsman por parte del público es de la mayor importancia, y no es menor que su influencia en la administración. Podemos luchar para que haya el menor número posible de quejas rechazadas; pero, desgraciadamente, no podemos eliminarlas del todo. [El análisis de la actividad] ha demostrado que el impacto directo del Ombudsman depende, en definitiva, del resultado de su obra (cuántas quejas halla justificadas o injustificadas y en qué casos es posible el remedio en relación con las primeras). Pero, desde un punto de vista básico, no es fundamentalmente el resultado final —la disposi-

106 Aalto, citado por Fairén Guillén: o. cit., p. 51.

107 Nebenzahl, citado por Fairén Guillén: o. cit., pp. 51-64.

ción de las quejas—, sino el más mínimo o mucho material puro —las quejas mismas— lo que determina lo que puede ser el impacto directo del ombudsman.

Efectivamente, la literatura existente en el derecho comparado nos demuestra que el primer contacto y el éxito del impacto causado en la población en muchos países de América Central y América Latina han dependido del contenido mismo de las quejas, de la importancia que éstas han revestido en el momento y en el desarrollo democrático de la sociedad en la cual el Ombudsman ha jugado el papel fundamental al defender, cuestionar y luchar por que estos derechos sean respetados. Pero claro está que la gama de actuaciones del Ombudsman es muy amplia, desde el trato descortés de un funcionario —cuya queja lleva al Ombudsman a cubrir “un espacio vacío” en “aquellas zonas del actuar administrativo no susceptibles de recursos jurisdiccionales, en las que puede moverse con toda amplitud el arbitrio burocrático y en el sacar a la Administración de ese generalizado mal que le aqueja y que puede calificarse de ‘lentocracia’, contra el cual los Tribunales no pueden reaccionar”—¹⁰⁸ hasta casos muy graves que competen métodos policiales, privaciones de la libertad o faltas contra los derechos humanos.

No se puede esperar que todos los casos despierten el interés del público en general, pero sí es necesario que el Ombudsman no pierda de vista aquellos casos que forman parte de la vida cotidiana y que son de gran importancia para el quejoso, aquellas “insatisfacciones de origen subjetivo” —y el ámbito de la subjetividad individual es difícil remontar si no se entra a calibrar sobre si *esa* insatisfacción merece pasar a objetivarse jurídicamente a través de una “queja”—. Pero alguien dirige subjetivamente la entidad de “su insatisfacción”, estima que sí tiene entidad suficiente para provocar una actividad jurídica externa.¹⁰⁹ Consideramos que para que se dé también un impacto indirecto de las decisiones del Ombudsman hace falta algo más de lo que Bexelius decía: “La sola existencia de un ombudsman independiente de la burocracia, ante quien todo el mundo puede presentar sus quejas, hará que las autoridades presten más atención a su trabajo”.¹¹⁰ Está claro que el apoyo de la publicidad también es fundamental para lograr el impacto indirecto en el resto de la población, pero no menos importante resulta el apoyo que reciba de las autoridades administrativas y de los tribunales en hacer escuchar sus opiniones y hacer efectivas las atribuciones de éstos. Finalmente, este proceso de difusión y promoción del cargo, así como el de educación y

108 Pedersen, Rowalt, Audvar Os, Pellon, citados por Fairén Guillén: o. cit., p. 61.

109 Fairén Guillén: o. cit., p. 65. Cf. del mismo autor: “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969, tomo I, esp. p. 364 y ss.; también, Buenos Aires, 6 de agosto de 1968, pp. 1 y 2 (curso inaugural del V Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, Salta, julio de 1968).

110 Bexelius: citado por Fairén Guillén: *El Defensor...*, o. cit., p. 66.

mentalización de los ciudadanos, se completa cuando el Ombudsman logra el efecto más difícil de alcanzar, que es el de ir de lo particular a lo general; es decir, promover en el Parlamento, en el Ejecutivo o inclusive a través de la misma inquietud ciudadana, una nueva o más apropiada legislación para prevenir los casos sobre los que se han producido las quejas.

Capítulo VII

Relación de la Defensoría del Pueblo con otros organismos estatales

Como hemos visto, el artículo 96 que crea la Defensoría del Pueblo del Ecuador, le asigna la función de defensa y observancia de los derechos fundamentales de la Constitución contenidos en el título III (“De los derechos, garantías y deberes”). Este cuerpo consta de seis capítulos que contienen los principios generales, derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos y las garantías de los derechos; el artículo en mención hace, además, una acotación especial a la calidad de los servicios públicos. Para la defensa de estos derechos, la Constitución le atribuye ciertas potestades como supervisar a la administración, interponer recursos y actuar como mediador. Dentro de este parámetro gira la formulación de su Ley orgánica, sus estatutos, formación, organización, medios de actuación y relación con el resto de organismos que conforman el aparato estatal y de gobierno¹ del país. Consecuentemente, en la práctica, el ejercicio de sus funciones y de sus atribuciones tienen distinta incidencia jurídica y sitúan al Defensor en diferentes posiciones en relación con los distintos poderes instituidos que tienen iguales o similares funciones.

1. Relación con la Administración Pública en general

Los capítulos anteriores ya dan a conocer claramente cuáles son los objetivos fundamentales de la actividad de la Defensoría en la tarea de supervisar los actos administrativos, que como hemos señalado la tiene y la ejerce, inclusive a través de la potestad de presentar el recurso de inconstitucionalidad. Su tarea lógicamente se centra en imponer el respeto a las leyes, protegiendo los derechos de los ciudadanos, lo cual significa una permanente relación con la actividad cotidiana de la Administración. Para el ciudadano significa no sólo que tiene que enterarse de la complejidad del sistema burocrático sino aceptar el hecho de que muchas veces este le resulta inaccesible. Por otra parte, no sólo confronta el perjuicio que puede darse de la afectación

1 Constitución Política del Ecuador, artículo 1 (“Forma de Estado y gobierno”): “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada”.

directa a sus derechos sino que, como es sabido, muchas veces tiene que correr el riesgo de ser víctima del abuso del poder, maltrato o prepotencia de las autoridades. En este sentido, la tarea de control de la Defensoría se amplía aún más cuando tiene que solventar este tipo de problemas de “mala administración” y de corrupción.

Formalmente,² la Administración se rige por el principio jerárquico recogido en la Constitución, que implica que, en última instancia, será el jefe del Estado y del gobierno, el responsable de la administración pública.³ En el sistema presidencialista, los ministros de Estado son “de libre nombramiento y remoción [por] el presidente”, encargados y responsables de los asuntos del ministerio a su cargo. En la realidad, no sucede enteramente así aunque subsiste el principio jerárquico de la Administración; la Administración se presenta como un poder autónomo y permanente, mientras los Gobiernos cambian.

Ciertamente, el Congreso Nacional puede vigilar a la Administración a través de las medidas de control clásicas que puede ejercer sobre el Gobierno, como son las preguntas e interpelaciones reclamando la presencia de los miembros del Gobierno,⁴ además de hacer uso de la otra posibilidad, la de recabar información a través de las comisiones de investigación; pero la tendencia de la Administración, como indica Zagrebelsky,⁵ a configurar un “aislamiento corporativo” y a configurarse como “ordenamientos separados, impermeables o, al menos, refractarios a todo tipo de interferencia o control externo”, la hace incontrolable. Señala que en muchos casos inclusive se puede dudar de la eficacia del control parlamentario puesto que en él caben solamente “problemas de gran alcance político o social, pero no los múltiples problemas ordinarios que encuentra el ciudadano ante la Administración”.

Entre las ventajas se han señalado a favor de la intervención del Defensor, el mismo Zagrebelsky observa las “posibles disfunciones propias de los mismos procedimientos administrativos, cada día más complejos ante la cantidad de intereses recurrentes”,⁶ la vigilancia de prácticas viciosas y de eventuales faltas de ética, que según Álzaga, son actuaciones que “se escapan fácilmente de la actividad de la jurisdicción contencioso-administrativa”.⁷ Finalmente, Pérez Calvo opina que “la introducción de la institución es positiva por cuanto puede reforzar la capacidad de las asambleas para seguir más de cerca y en detalle el modo en que el Gobierno y la Administración in-

2 Hemos hecho mención a la complejidad con la cual se reviste el Estado contemporáneo; por una parte, la complejidad del sistema buro y tecnocrático y por otra la difuminación de los límites entre lo público y lo privado.

3 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 164 (“Función ejecutiva”). “El Presidente de la República ejercerá la función Ejecutiva, será jefe de Estado y del gobierno, y responsable de la administración pública”.

4 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 130 (“Atribuciones y deberes del Congreso”).

5 Zagrebelsky: citado por Pérez Calvo, art. cit., pp. 90-92.

6 García Pelayo: *Las transformaciones...*, o. cit., pp. 65-66.

7 Alzaga, citado por Pérez Calvo, art. cit., p. 90.

terpretan y aplican la ley” y puesto que como “institución funcionalmente especializada en la actividad de la Administración puede, al menos, complementar eficazmente los medios de control clásicos”.⁸

Recordemos que una competencia de gran incidencia no sólo en relación con la Administración, pero que tiende a reforzar el control de esta, es la que surge de la obligación que tiene el Defensor de emitir un informe anual al Congreso; a través de su labor de recibir las quejas ciudadanas puede detectar cuáles son las falencias y los sectores de la Administración que más inciden y afectan a la totalidad del sistema. Además, a través de la iniciativa legislativa directa para presentar proyectos de ley, en representación de la iniciativa popular⁹ puede hacer uso de la experiencia recogida y revertirla al Congreso. Esta función es la que nos permite conceputar al Defensor como a un órgano de tipo consultivo.¹⁰ Otra función especial frente a la Administración pública es la que tiene de intervenir como mediador en los conflictos entre ésta y las organizaciones populares y personas jurídicas.¹¹ Finalmente, para reforzar su control, la Ley Orgánica ha dispuesto, previo sumario administrativo, sanciones para los funcionarios que se nieguen a colaborar, imponiéndoles multas y hasta destitución del cargo, además de la posibilidad de impugnar ante los tribunales especiales y pronunciarse públicamente contra los infractores.

No es necesario insistir sobre la delicada tarea que en nuestra realidad actual puede suponer la labor de control, sobre todo de la Administración pública. Los datos estadísticos que nos presenta la Defensoría del Pueblo, en su primer informe, nos dan una idea detallada de las instituciones demandadas¹² de las cuales 85% pertenece netamente a instituciones del Gobierno cen-

8 Con el fin de establecer con precisión la naturaleza jurídica existen sin embargo diversidad de opiniones respecto al tipo de control que la Defensoría ejerce, así en la doctrina española, al respecto, Pérez Calvo opina que la actitud del Defensor “no es de control, sino que sirve de base para la actuación de otras instituciones con competencias de control” y que la supervisión del Defensor sólo puede ser favorable en el sentido de que “el mismo Gobierno o los ministros perfeccionarían el control sobre sus propios funcionarios y sobre la Administración en general, al objeto de eludir la correspondiente responsabilidad ante las Cortes”. Varela Suanzes-Carpegna (art. cit., p. 68) admite que, si bien es cierto que sus competencias no “le permiten modificar o anular” los actos y resoluciones de la Administración, “lejos de probar que el Defensor del Pueblo carece de competencias de control, lo único que demuestra es que su control no es de naturaleza jurisdiccional”. *Ibidem*, p. 92: “Puede decirse que se trata de un control *jurídico* o *vinculado*, en modo alguno necesario, sino tan solo *eventual* de *legitimidad* pero también de *oportunidad*. Se trata, además, de un control *externo*, *formalmente parlamentario*, en tanto que quien lo ejerce es un órgano auxiliar de las Cortes, pero *sustancialmente administrativo*, puesto que, respecto a su contenido, se centra en la actividad administrativa. Es, asimismo, un control *sobre los actos y sobre las personas* o, siguiendo la terminología de Gasparri, sobre la *disfunción y la desorganización* administrativas”.

9 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: artículo 8, literal j.

10 En el ordenamiento noruego hemos visto que se confiere expresamente la capacidad de órgano consultivo al Ombudsman aprovechando de esta forma la gran experiencia con la que la figura se reviste, además de concretar sus opiniones en dictámenes que puedan considerarse no sólo preceptivos sino vinculantes.

11 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: artículo 8, literal f.

12 Defensor del Pueblo del Ecuador: *Primer informe...*, o. cit., p. 96: Instituciones demandadas: Tribunal de Menores, 5%; Dirección de Salud Pública, 5%; Empresa Eléctrica, 13%; Andinatel, 5%; Empresa de Agua Potable, 5%; Municipio, 13%; Policía Militar Aduanera, 5%; Dirección de Educación, 13%; Pacifictel, 10%; Autoridad Portuaria, 3%; Policía, 13%; Función Judicial, 5%; y Ministerio de Educación, 5%.

tral y municipales y las restantes a organismos estatales mixtos de servicio. Hemos mencionado las graves falencias a nivel técnico, administrativo y organizacional de los organismos públicos; a lo cual se suman los esquemas de mal comportamiento y falta de ética profesional de los trabajadores públicos que agravan aún más la relación entre el Estado y el ciudadano. Para afrontar estos males es necesario incorporar nuevos instrumentos institucionales de vigilancia y, para lograrlo efectivamente, es mejor que estos instrumentos no sólo ayuden de forma directa y mediata al ciudadano, sino que mantengan un contacto también directo con el Congreso para acometer a largo plazo estos males. Este accionar constituye un eslabón más en el proceso de lucha contra la corrupción pública y privada, de impulso a la democratización de la sociedad, a la vez de cumplir con un efecto retroactivo constructivo en los diferentes órganos de poder del Estado.

2. Relación con el Poder Ejecutivo

En lo que respecta a la relación de la Defensoría con el Poder Ejecutivo, hemos visto que desde su designación y elección en el caso ecuatoriano es totalmente independiente. El Ejecutivo lleva implícita la función de control de la administración pública de la cual es plenamente responsable. El rol que se espera que el Ombudsman desempeñe frente al Poder Ejecutivo también está implícito en el origen, la naturaleza jurídica, las funciones y la doctrina. Recordemos pues que en el orden constitutivo del Estado, la función primordial de éste es controlar y vigilar; ello no significa que debe convertirse en un perseguidor ni en un adepto del Poder Ejecutivo pero sí, de hecho, admitir con claridad que en esas esferas del poder predomina sin lugar a dudas una atmósfera política de la cual él tiene que mantenerse alejado para no perder de vista su comportamiento imparcial y absolutamente leal a los principios democráticos y constitucionales.

La legislación ecuatoriana tampoco hace diferencias respecto al control de las instancias superiores, como el jefe de Estado o ministros que no están sujetos a su control;¹³ al contrario, recordemos la amplitud de su poder in-

13 Como por ejemplo la gestión puramente administrativa, como es el caso de Dinamarca, Noruega o Israel, donde el Ombudsman puede supervisar la actividad de los ministros como jefes de los ministerios mas no como miembros del gabinete. El artículo 7, capítulo 5, de la Ley de Gobierno de Suecia de 1975, por ejemplo, dice que “el rey no puede ser perseguido por razón de sus actos u omisiones. El regente no puede serlo tampoco como jefe de Estado” y en los “Poderes de Control de la Ley de Gobierno, artículo 6, capítulo 12, se cita a cualquier tribunal o autoridad administrativa” pero no al rey. Según el artículo 49 de la Constitución de Finlandia, no le corresponden al Ombudsman la vigilancia de los actos oficiales del presidente de la República. Con respecto a los ministros, el tratamiento es diverso; así, en Suecia la vigilancia de los ministros le corresponde al Comité de Constitución del *Riksdag*; ello justamente tiene como fin estar alejado de la política y mantener así la confianza pública, lo cual es posible gracias a que el sistema administrativo sueco es totalmente independiente; los funcionarios responden a las leyes, los ministros no pueden dar órdenes ni tampoco tienen responsabilidad política por las medidas que sean adoptadas por los funcio-

vestigativo, con lo cual puede acceder también a estas instancias. Concomitantemente a esta tarea investigativa, también cabe recordar su capacidad para visitar establecimientos de rehabilitación en su capacidad de control y vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos. Además de tener la iniciativa especial de presentar también proyectos de ley al igual que el Ejecutivo, como hemos mencionado,¹⁴ dentro de sus deberes y atribuciones cuentan igualmente la de demandar la inconstitucionalidad. Una función especial es la de compartir la responsabilidad de representar al país en los foros internacionales sobre las materias que son de su competencia; y, sobrepasando también las fronteras del país, cumplir con la protección y defensa de los ecuatorianos residentes en el exterior que sufran violaciones de derechos humanos, mediante la utilización de vías diplomáticas o judiciales internacionales.

En resumen y en la práctica, se ha tratado de separar al Defensor de las esferas políticas y partidistas en donde existen otros canales de control del Ejecutivo, ya sea del Congreso o de sus Comisiones de investigación, dejándole la posibilidad de investigar y opinar sobre asuntos que no tienen contenido político sino que se refieren al cumplimiento de la Constitución.

3. Relación con el Poder Legislativo

Hemos mencionado que casi por regla general y como característica propia, salvo contadas excepciones como las que hemos ejemplificado de Francia e Inglaterra, el nombramiento, la selección de los candidatos para ocupar el cargo de Ombudsman, la reelección, la censura y la revocación están a cargo únicamente del Congreso y de ningún otro órgano del Estado. De aquí parte la relación que mantiene con éste.

En la doctrina se ha hecho innumerables alusiones a los términos con los cuales el Ombudsman ha sido nombrado, ya sea con la calidad de “supervisor”, “acusador”, “mediador”, “comisionado”, “proveedor de justicia”, “controlador” o “defensor”; opera por encargo y en “representación”¹⁵ del Parlamento. Por otro lado, también persiste una variedad de criterios respec-

narios subordinados y en principio, el Gobierno sólo puede influir a través de instrucciones adoptadas en el Consejo. Lo contrario ocurre en el caso de Finlandia; según la Ley de Instrucciones de 12 de diciembre de 1919, artículo 2, el Ombudsman está capacitado para asistir a las sesiones y obtener información de los archivos del Consejo de Ministros, de los Tribunales y de las demás entidades oficiales; de esta forma alcanza inclusive a emitir su opinión sobre los decretos presidenciales y conjuntamente con el canciller de Justicia o el propio Consejo de Ministros a acusarlo de ilegalidades según lo prescribe al artículo 59 de la Constitución. Estos ejemplos además se entienden dentro del sistema de gobierno de esos países.

14 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 145 (“Iniciativa especial”).

15 Fairén Guillén: *El Defensor...*, o. cit., p. 166. “Representatividad” entendida en el sentido que Napione estima: “que no puede hablarse de ella en sentido jurídico propio” sino indicando la palabra “representación” que los Ombudsmen reciben su autoridad del Parlamento.

to a la autonomía orgánica¹⁶ y el criterio de la autonomía funcional,¹⁷ a los cuales también nos hemos referido. En definitiva, la relación con el Poder Legislativo no se puede establecer en términos de paridad ni tampoco de jerarquía o subordinación.¹⁸ Más acertados parecen ser los términos de “control mutuo”, “equilibrado”, “paritario” y “de auxiliaridad”.¹⁹

Lo más conveniente —al parecer producto de la observancia de las diferencias entre ambos organismos— y que cabría recalcar, sería lo importante de establecer entre ambos organismos una mayor relación de intercambio de información para hacer más efectivo el control sobre la Administración. “Si bien el principio jerárquico de la Administración conserva toda su vigencia a nivel formal, de hecho se da la circunstancia cada día más acusada de que el Gobierno no llega a todos los rincones de la Administración. Asimismo, también es conocida la creciente incapacidad fáctica de los Parlamentos —falta de información, juego mayoría-oposición, criterios no de legalidad sino de oportunidad, la gravedad que suelen encerrar sus medidas— para controlar debidamente al Ejecutivo”.²⁰

Al tratar sobre la consagración de la Defensoría en la Constitución, hemos hecho mención respecto a la naturaleza jurídica del Ombudsman; por su parte, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo recalca su independencia y autonomía funcional, económica y administrativa.

4. Relación con el Poder Judicial

Previamente a entrar en el desarrollo de este tema es necesario que partamos del concepto teórico general que se tiene sobre el control jurisdiccional, del cual se dice que es el garante específico que la Constitución institucionaliza para velar por los derechos fundamentales. Recordemos que la función específica que tiene el Ombudsman de supervisar la actividad administrativa tiene como finalidad última también la defensa de los derechos fundamentales. Se hace necesario también reiterar las características que ya hemos descrito y que serían la diferencia fundamental entre la Defensoría y el Poder Judicial; es el hecho de que el Defensor no es un juez, que la actividad

16 Astaloo Villena: art. cit., p. 92: “Dependencia orgánica —en cuanto su comisionado que es— de las Cortes Generales, pero independencia funcional absoluta como garante de los derechos fundamentales definido así constitucionalmente. Este puede ser el primer perfil de la naturaleza del Defensor del Pueblo”.

17 Varela Suáñez-Carpegna: art. cit., pp. 64-65: “el Defensor del Pueblo goza frente a las Cortes de una indudable autonomía, tanto en el plano orgánico como en el funcional”.

18 Pérez Calvo: art. cit., p. 95: “El calificativo de ‘comisionado’ parece encerrar una cierta idea de subordinación que puede desarrollarse en un aspecto negativo, en el sentido de que el comisionado no interferirá las actividades resultantes de los poderes de las Cortes y, en un aspecto positivo, del que se puede discutir su sentido [...] cuando obliga al Defensor del Pueblo a dar cuenta a las Cortes de sus actividades en relación con la Administración”.

19 Varela Suáñez-Carpegna: art. cit.

20 Pérez Calvo: art. cit., p. 98.

que él ejerce corresponde a la de una “magistratura de persuasión” fundada en su *auctoritas*, en el sentimiento de confianza popular y en la difusión pública de su trabajo que se caracteriza por su técnica, agilidad y por mantenerse fuera de la política.

Aparte de las características generales anotadas, en el derecho comparado encontramos que existe una gran diversidad con respecto a la relación que el Defensor mantiene con el Poder Judicial. Así por ejemplo, los Ombudsmen de Suecia y Finlandia, por razones históricas²¹ y siguiendo al pie de la letra el principio fundamental de velar por todos los actos que incidan sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, aún con ciertos límites constitucionales y sin atentar contra el principio de independencia judicial, se les permite supervisar a los Tribunales.

En Suecia, de acuerdo a sus normas constitucionales y Ley de Instrucciones,²² el Ombudsman no solamente puede asistir a las deliberaciones de los Tribunales, sino que tiene la obligación de asegurarse de que los Tribunales de Justicia observen con objetividad e imparcialidad las disposiciones legales y administrativas que les corresponde. Inclusive, existen disposiciones legales específicas que desarrollan el tema respecto a las atribuciones del

21 Bexelius, Lundvik, Thyresson y Wennergren, citados por Fairén Guillén: *El Defensor...*, o. cit., pp. 204-205. “Durante el siglo XIX el control del Ombudsman comprendía principalmente los tribunales, los fiscales, la policía y las prisiones (esto es, a los elementos personales activos del proceso en general, añadimos nosotros) [...] Los miembros de la vieja comunidad rural tenían poco contacto con otros funcionarios públicos que no fueran los de la Administración de justicia [...] Por ello parecía natural que las inspecciones se limitaran esencialmente a los Tribunales de justicia. [...] Es sólo durante los últimos tiempos cuando la Administración se ha convertido en el principal sujeto de las actividades del Ombudsman. Por ello no hay que extrañarse de que ‘un gran número de acciones se hayan ejercitado contra fiscales, jueces y Tribunales de distrito por actuar con negligencia al conocer y resolver los casos en que el acusado se halla en prisión provisional o bajo arresto, sin la rapidez suficiente. En tal sentido, las cosas han mejorado enormemente desde el siglo pasado. Mientras ahora la pregunta procedente cuando se efectúa una inspección de un Tribunal y de las oficinas de los fiscales es cuántos *meses* transcurren entre la comisión del delito y la imposición de la pena, la correspondiente extensión de tiempo se medía antes por *años*. [...] Se puede sobreentender que la diligencia y el orden escaseaban cuando hallamos, en viejos registros de inspecciones, que había jueces que, durante años, habían dejado de exponer sus resoluciones por orden cronológico, tal como la ley lo disponía. Naturalmente, tal negligencia era perseguida. [...] El Ombudsman se limitaba casi exclusivamente a ordenar la persecución ante los Tribunales; incluso faltas menores, que no habían causado daños a particulares, eran tratadas así. [...] Mas pronto, y completamente fuera de las ‘instrucciones’ del Ombudsman, sustituyó en los casos de menor gravedad, la persecución por una ‘advertencia’ o ‘recordatorio’ dirigida al funcionario correspondiente, indicándole que el tratamiento que ha dado al caso había sido incorrecto o inadecuado. [...] El poder de acusar es utilizado siempre que se presenta un caso de arrogancia o de conducta impropia. [...] Y han sido sustituidas las acusaciones, en gran medida, por los ‘recordatorios’”.

22 Constitución sueca de 1975, capítulo XII de la Ley de Gobierno, artículo 6 (2): “Un Ombudsman puede estar presente en las deliberaciones de los tribunales o de las autoridades administrativas y debe tener acceso a las minutas y otros documentos de cualquier tribunal o autoridad. Cualquier tribunal o autoridad, así como cualquier funcionario civil del Estado o de la municipalidad, deben suministrar al Ombudsman las informaciones que aquel les pida. En consecuencia, debe incumbir una obligación a tal efecto, a cualquier persona que se halle bajo la autoridad supervisora del Ombudsman. Cualquier persecutor público debe asistir al Ombudsman si éste lo requiere”. La Ley de Instrucciones ratifica esta disposición: “Sección 3. Constituye un trabajo de especial incumbencia del Ombudsman asegurarse de que los tribunales y las autoridades administrativas observan lo previsto en la ley de ‘Instrumento de Gobierno’ que conciernen a la objetividad e imparcialidad, y que los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos no han sido vulnerados en los procedimientos de la Administración pública. Cuando supervise a las autoridades municipales, el Ombudsman debe poner atención a las formas en que se desarrolla la autonomía municipal”. Cf. Ley de Gobierno, Administración de Justicia y General, capítulo XI, artículo 2. “Ninguna autoridad, ni tampoco el *Riksdag* puede determinar cómo debe atribuirse a un Tribunal un caso particular, ni cómo un Tribunal debe, en otros aspectos, aplicar una regla general a un caso particular”.

Ombudsman para iniciar procesos penales contra los miembros del Tribunal Supremo o del Tribunal Supremo Administrativo por la comisión de “actos criminosos”. El Ombudsman de Suecia también se preocupa de la puesta en práctica de los principios del ‘debido proceso legal’ y del ‘plazo razonable’, lo cual significa que sin ser jueces y a pesar de que no tienen la capacidad de ‘reformular las sentencias’ ni de ‘dar directrices sobre el modo de juzgar’ pueden sin embargo criticar las sentencias en cuanto a la ‘forma en que el caso se llevó’ o bien en cuanto al ‘contenido de la sentencia’ basándose en una norma legal, en el preámbulo a una ley o en la interpretación efectuada por un Tribunal que a su juicio difiere del sentido que quiso darle el legislador, lo cual tiene una enorme trascendencia como precedente jurisprudencial en el ordenamiento jurídico de Suecia.²³

Finalmente, en cuanto al Ombudsman sueco podemos decir que en la práctica ejercita su capacidad de supervisión de la actividad jurisdiccional de los Tribunales en los casos muy graves y, aunque no existe una disposición expresa al respecto, no interviene cuando persiste un recurso judicial por agotarse. Sin embargo, en otros países como Dinamarca y Noruega la actividad de los Tribunales se excluye de su competencia. En Inglaterra se especifica entre las materias no sujetas a investigación la iniciación o incoación de procedimientos civiles o penales ante cualquier Tribunal de Justicia. En Francia, la ley impide al Mediador intervenir en un procedimiento iniciado ante un Tribunal y cuestionar la fundamentación de una decisión jurisdiccional, pero tiene sin embargo la facultad de dirigir recomendaciones al organismo afectado y exigir el cumplimiento del plazo señalado en caso de inejecución de una resolución judicial dictada con fuerza de cosa juzgada.

En síntesis, podemos decir que si la relación existe, es necesario remitirnos a la naturaleza jurídica de ésta, al tipo de restricciones, a la intensidad

23 Nils Beckman: “Precedents and the construction of Statutes”, en *ScStl*, 1963, p. 22. Cf. Ekelöf: *Wie man Schweden Recht spricht*, Zürich, Scientia-Verlag, 1949, p. 17. Cf. Simson, *Das Zivil- und Strafprozessrechtsgesetz Schwedens*, Berlin, Walter de Gruyter, 1953, p. 17 de su Einleitung, citados por Fairén Guillén: *El Defensor...*, o. cit., pp. 206-207. “La legislación sueca se prepara con minuciosidad y profundidad extraordinarias, y los proyectos de ley son completados y explicados con tal abundancia de exposiciones de motivos que colman lo que en otros países llaman ‘comentarios’. [...] La importancia de la Jurisprudencia como fuente de Derecho en Suecia es grande. No está oficialmente sancionada como tal, pero de ello no cabe extraer la conclusión de que no sea vinculante. [...] Esta ‘vinculabilidad relativa’ ofrece la ventaja de que la Jurisprudencia puede ser alterada. [...] Antiguamente, en las sentencias de los Tribunales suecos, se comenzaba con la *actio decidendi*, expresada en una serie de cláusulas subordinadas. En la actualidad las sentencias son más extensas, y la ‘ratio’ es constatada en un número de preposiciones independientes, separadas por puntos y aparte. [...] Los estudiantes de Derecho critican el estilo de las sentencias sobre la base de que, narrando la ‘ratio’, los Tribunales, ocasionalmente, hacen uso de lo que irónicamente se llama en Suecia ‘hat’, esto es, un lenguaje que permite o deja abierta la cuestión de cuál de los dos caminos que llevan al mismo resultado ha sido escogido. El ‘hat’ reduce la utilidad de la resolución como ‘precedente’, [...] las sentencias deben ser formuladas con esencial construcción objetiva cuando utilicen los ‘precedentes’. [...] El valor de la resolución como ‘precedente’ es incalculable; tan sólo cuando los tiempos hayan cambiado de tal modo que la resolución ya no se armonice con el sentido general de la justicia, es cuando debe considerarse como inefectiva. El plazo de vida de un ‘precedente’ en un campo del Derecho puede exceder en mucho a lo que es normal en otros. [...] Por ello, las ‘críticas’ a posteriori del Ombudsman a las sentencias pueden contribuir en mucho a la creación de nuevos ‘precedentes’ o impulsar la decadencia de los vigentes. Téngase en cuenta que en Suecia, además de las explicaciones que suministran los prelegisladores o co-rectores de leyes, estos trabajos preparatorios se publican en una revista semioficial, el *Nytt Juridikt Arkiv*.”

de la supervisión que ejerce, a la repercusión que su gestión pueda tener en el proceso, sobre la cosa juzgada, sobre la ejecución de las sentencias, sobre la posibilidad de actuar como acusadores ante los Tribunales y finalmente sobre las ventajas y posibilidades que esta relación ofrece. Caso contrario, si la relación de supervisión de los Tribunales no existe, como sucede mayoritariamente en los Estados con una Constitución propiamente “judicialista”, el Defensor no puede inmiscuirse en asuntos propios de los Tribunales; existen otras alternativas en el derecho comparado, como la ayuda mutua que entre éstos y el Ombudsman puede darse y que son dignos de ejemplificar como son los casos de Israel que menciona Fairén Guillén extraídos de los Informes Anuales en donde el Ombudsman ha obtenido el apoyo de la Alta Corte de Justicia para hacer escuchar sus recomendaciones y provocar la reforma de una ley.²⁴

En este punto resulta interesante retomar la idea expresada en un principio, de que la finalidad última de la Defensoría es la defensa de los derechos fundamentales. Este es justamente el punto de partida de las expresiones y opiniones vertidas gracias a la experiencia adquirida en España, en el estudio crítico presentado luego de los diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, al tratar sobre sus problemas y perspectivas. Entre otras opiniones²⁵ que igualmente versan en el mismo sentido, consideran que el límite a la intervención del Defensor del Pueblo en el ámbito de la Administración de Justicia, son “límites que, a juicio de los expertos y por la experiencia adquirida, se presentan excesivamente estrechos y evidentemente dilatorios en detrimento de los derechos fundamentales. No aparece muy adecuado (se) —añade— que el Defensor del Pueblo se convierta en este campo en un mero buzón de reclamaciones o quejas, las que después se limita a dirigir al Ministerio Fiscal”.²⁶

Indudablemente, al observar las Memorias del Consejo General del Poder Judicial existe una gran evolución en cuanto al tratamiento del tema. En el año 1984 se reconocía que “el Poder Judicial tiene un tratamiento privi-

24 Informe Anual del Ombudsman de Israel 1972-1973, citado por Fairén Guillén: *El Defensor...*, o. cit., pp. 212-213. Véanse anexos con jurisprudencia.

25 Fernández-Valmayor, citado por Carlos Granados Pérez: “Defensor del Pueblo y Administración de Justicia (La Supervisión de la Administración de Justicia)”, en *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas. Jornadas celebradas los días 14 y 15 de enero de 1992 en la Sede de la Universidad en Getafe, Madrid*, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo, 1992, p. 232.

26 Lo que se plantea es sugerir una reforma al artículo 13 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo en el sentido de que se canalice directamente, y no a través del Ministerio Fiscal. Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE n° 109, de 7 de mayo de 1981 y n° 57, de 6 de marzo de 1992). Quejas sobre la Administración de Justicia, Procedimiento: “artículo 13. Cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema”. Queda de esta forma establecido también el tipo de relación que mantiene el Ombudsman con el Ministerio Fiscal.

legiado de inmunidad o exención frente al Defensor del Pueblo”, éste “no ‘supervisa’ la Administración de Justicia puesto que en definitiva no hay un cauce legal para unas relaciones institucionalizadas entre el Consejo General y el Defensor del Pueblo”. En la Memoria del Consejo de 1986 se extrae un criterio más abierto, el Consejo y el Defensor del Pueblo celebraron una primera reunión destinada a establecer un sistema de relaciones periódicas, se estimó necesario que el Defensor del Pueblo pudiera dirigirse directamente al Consejo General,²⁷ no sólo cuando actúe de oficio, sino también cuando haya recibido alguna queja referida al funcionamiento de la Administración de Justicia, lo cual exige modificar el artículo 13 y su correspondiente reglamentación. En la Memoria de 1987, bajo el mismo parámetro de mutua colaboración, resulta interesante conocer las cuestiones que fueron objeto de quejas²⁸ que los ciudadanos habían presentado así como aquellas que fueron objeto de recomendación por parte del Defensor del Pueblo.

Luego de la larga exposición comparativa, nos resta señalar que hay un acuerdo general en que existe una barrera infranqueable en cuanto al alcance de la función supervisora del Defensor de “juzgar y ejecutar lo juzgado”. En el Ecuador, todo cuanto concierne a la estricta función jurisdiccional de jueces y magistrados no está a cargo del Defensor del Pueblo sino del Consejo Nacional de la Judicatura,²⁹ que es el órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la función judicial.

El ámbito de control de la Defensoría queda reducido al del funcionamiento material de la Administración de Justicia, en cuanto servicio público,

27 En la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, serie B, número 39-I, de junio de 1979, artículo 15, actual 13, ya se desarrollaba la idea de que, sin interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en caso de que “se considere que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo pondrá en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, a los efectos oportunos”.

28 Granados Pérez: o. cit., pp. 236-237. Básicamente el retraso en la resolución de conflictos, el mejor modo de lograr una tutela judicial efectiva, la situación penitenciaria, la lentitud en la resolución de las causas penales, en la remisión de testimonios de sentencias a los centros penitenciarios, las liquidaciones de condena; por otra parte cuestiones más puntuales como información al interesado en expedientes de petición de indulto, cumplimiento de penas de reclusos drogadictos, penas sustitutivas de las de privación de libertad, sobre asistencia letrada al inculcado en los momentos anteriores a la celebración del juicio oral, sobre la creación de registros generales en los juzgados, sobre publicación de edictos en periódicos no oficiales, sobre prescripción de faltas cometidas por jueces y magistrados, sobre indemnización a víctimas del terrorismo, etcétera y, en general, sobre el cumplimiento de las garantías constitucionales y, consecuentemente, el ejercicio del derecho de defensa.

29 Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura del Ecuador, artículo 11. Al Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura le corresponde: c) Conocer y resolver las apelaciones administrativas por separación, por incapacidad o inhabilidad; por sanciones disciplinarias de destitución o remoción de los ministros de cortes superiores y tribunales distritales, vocales de tribunales penales, jueces, registradores, notarios y demás funcionarios y empleados de la función judicial. En estos casos, en reemplazo de los vocales que hubieren intervenido en la resolución apelada, actuarán sus alternos. Las resoluciones del pleno del Consejo Nacional de la Judicatura que impongan sanción serán definitivas en la vía administrativa, pero podrán contradecirse en la vía jurisdiccional ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, cuya resolución causará ejecutoria. Las resoluciones del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura que impongan sanción serán definitivas en la vía administrativa; pero podrán contradecirse en la vía contencioso-administrativa.

donde el Defensor puede y debe intervenir en defensa de los derechos de los ciudadanos, conforme le encomienda la Constitución. Dentro de los derechos civiles que ampara la Constitución de la República, consta el de las garantías al debido proceso y una justicia sin dilaciones, pues es a través de la observancia de éstas, como la Defensoría del Pueblo ejecuta también un control sobre la Administración de Justicia. En el Primer Informe Anual que presenta la Defensoría, la mayor incidencia de derechos vulnerados son justamente las detenciones arbitrarias, con 43%, y seguidas de las del debido proceso, con 14%. Este porcentaje total mayor a 50% pone de manifiesto y de manera continua el cumplimiento del deber que le incumbe a la Defensoría para remediar eficazmente la situación de incapacidad de la Administración de Justicia para poder cumplir en forma satisfactoria la función que tiene encomendada y que es pilar básico en el Estado de Derecho.

Aparte de las relaciones que pueden surgir de la capacidad de supervisión de los Tribunales de Justicia existen otras relaciones que se dan como resultado de otras funciones de “control semicontencioso o de impulso jurisdiccional” que se le atribuyen al Ombudsman. En detalle trataremos sobre ellas al hablar de la facultad de interponer recursos y acciones que se le conceden.

5. Relación con el Tribunal Constitucional

Al referirnos a los antecedentes de la Defensoría del Pueblo en el Ecuador, hemos mencionado que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales³⁰ fue reestablecido en el año 1979 con el fin de cubrir el espacio que en otros países del continente estaban ocupando ya las primeras procuradurías y defensorías.

La Constitución, “Derecho fundamental de organización de un régimen político”,³¹ contiene los valores esenciales de una comunidad política; asegurar el cumplimiento de la Constitución implica la necesidad de un órgano de control que vigile su cumplimiento. Partiendo de los criterios

30 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., pp. 610-613: La revisión judicial norteamericana se divulgó ampliamente en las repúblicas latinoamericanas y se implantó de manera paulatina en las Constituciones en combinación con la tradición hispánica y la atracción ejercida por las Cartas constitucionales francesas revolucionarias de control de la constitucionalidad de las leyes por el órgano legislativo, de acuerdo con el ejemplo de los artículos 371-372 de la Constitución española de Cádiz de 1812. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el llamado “sistema continental europeo” de revisión de la constitucionalidad se extendió de manera considerable en Europa y después en otros ordenamientos, por lo que se inició su influencia en algunas legislaciones latinoamericanas, primero de manera incipiente, pero en los últimos años con mayor vigor, sin que se hubiese producido una incompatibilidad (con la americana) con la desaplicación de las disposiciones legislativas por los jueces ordinarios o, en su caso, por la Corte o Tribunal Supremo. En esta primera etapa, luego de Guatemala (1965) y Chile (1970), fue el Ecuador, en la Constitución aprobada por referéndum el 15 de enero de 1978, la que reestructuró el organismo denominado Tribunal de Garantías Constitucionales.

31 Torres del Moral: o. cit., p. 135. Define “sintéticamente la Constitución con Sánchez Agesta, como...”.

expuestos por Kelsen,³² los principios que fija la Constitución austriaca³³ y de acuerdo con otros tratadistas nacionales,³⁴ de una mixtura de otros sistemas; el artículo 274 de la Constitución política ecuatoriana establece que el Tribunal Constitucional resolverá con carácter general y obligatorio los casos de inaplicabilidad de la ley. La función del Tribunal Constitucional como órgano de control es la de asegurar la constitucionalidad de las leyes y el cumplimiento del orden de valores esenciales que contiene la Constitución. En definitiva, el control de esta “superley fundamental”³⁵ o ley con rango normativo supralegal y su preservación, significa la condición jurídica³⁶ necesaria para la plena vigencia del régimen constitucional.

Por imperativo de la Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional asume el carácter de intérprete supremo de la Constitución, pero sin olvidar que los valores, principios, deberes y derechos proclamados en ella deben ser tutelados por todos los poderes públicos. La Constitución política ecuatoriana establece también que todas las normas constitucionales vinculan a los Tribunales, pero también al resto de los poderes públicos para velar por el cumplimiento de la Constitución.

El sistema de control de la constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional reconoce el derecho político de todo ciudadano para interponer una demanda de inconstitucionalidad previo el informe favorable del Defensor del Pueblo.³⁷ En este sentido, el Defensor deberá pronunciarse obligatoriamente frente al Tribunal, para hacerle “conocer y resolver las deman-

32 Ibidem, p. 200: “La construcción kelseniana comporta una cierta alteración de algunos elementos del régimen demoliberal, según se venía entendiendo éste hasta entonces. En efecto, la soberanía no se residencia ya en el Parlamento sino en el ordenamiento jurídico, o en el Estado, que para Kelsen son expresiones sinónimas”.

33 Juan José González Rivas: “Defensa del ciudadano contra los actos del Poder Legislativo: El control de la constitucionalidad de las leyes”, ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Judicial y recogida en la publicación realizada al efecto por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, *Actualidad Administrativa*, n° 17, 21-27 de abril de 1986, Madrid, Editora General de Derecho, 1986, p. 973. “La doctrina científica en el Derecho Constitucional Comparado ha destacado dos grandes sistemas: el norteamericano y el austriaco. El sistema norteamericano otorga al órgano judicial ordinario el conocimiento y la decisión sobre la adecuación de la ley ordinaria a la Constitución: control de la constitucionalidad de las leyes, criterio que es seguido, partiendo de la sentencia del juez Marshall en el caso *Marbury versus Madison* (1803), y en Guatemala, Venezuela, México, Brasil, entre otros Estados. El sistema austriaco confía a un tribunal especializado de carácter constitucional esta materia, partiendo de los criterios expuestos por Hans Kelsen, y los principios que fija la Constitución austriaca (1920-1929). Su influencia se produce en el sistema italiano, que se refleja en la Constitución de 1947 que crea el Tribunal Constitucional, en el sistema alemán de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que crea la Corte Constitucional Federal, el Consejo Constitucional en Francia y en el sistema español de la Constitución de 1978”.

34 Trujillo: o. cit.

35 Torres del Moral: o. cit., p. 135.

36 Kelsen: *Teoría general...*, o. cit.; ídem: *Vom Wesen...*, o. cit. En la primera de estas obras Kelsen sostiene también que la declaración de libertades y derechos que concede la Constitución solamente se convierten en derechos en el sentido jurídico cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar frente a los actos del Estado; pero además González Rivas, en su estudio citado, p. 962, advirtió que “la cuestión del modo como ha de iniciarse el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial; depende de la solución de este problema la medida en que el Tribunal Constitucional cumple su misión de protector de la Constitución”.

37 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 276 (“Competencia”): “Competerá al Tribunal Constitucional: 1. Conocer [...] 5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo”.

das de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos, resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos;" además para hacerle "conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública".

De esta forma, la actuación de la Defensoría del Pueblo sería equiparable a la de un mediador,³⁸ el cual, previo a su pronunciamiento, deberá actuar también como un intérprete de la Constitución. Esta calidad de interpretación de la constitucionalidad es justamente la función más delicada que se lleva a cabo en la institución, puesto que no está deslindada de otros efectos como los que señala Pérez Calvo³⁹ y que afectan tanto a las relaciones orgánicas como funcionales. En cuanto a la relación orgánica, "el problema se centra en la designación o eventual revocación" con la legitimación de interponer el recurso de inconstitucionalidad; prevé justamente que su independencia "adquiere mayor significación" cuando "tiene la posibilidad de atacar las leyes" del Congreso, los decretos del Gobierno y otras disposiciones normativas con fuerza de ley que "podrían generar duras batallas políticas". En los sistemas presidencialistas, como es el caso ecuatoriano, la posibilidad de confrontación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo es mayor debido no sólo a la falta de responsabilidad política del Gobierno, como en el caso de los sistemas de gobierno parlamentario, sino debido a la distinta conformación ideológica y política que puede existir entre ambos poderes, lo cual ocasiona falta de comunicación. En este caso, el Defensor muchas veces se va a encontrar en el medio de la polémica o, más aún, corre el riesgo de dar la impresión de que en su accionar estaría o bien de parte del Ejecutivo, o bien se enfrentaría al Ejecutivo, en alianza con el Congreso. En cuanto al aspecto funcional, "los únicos criterios que debe atender emanan de la propia Constitución o de la jurisprudencia constitucional".

38 González Rivas: o. cit., p. 970. Pero no en el sentido que plantea González Rivas para el caso español, "entendida como una facultad que confiere el derecho a la jurisdicción ordinaria y no como ejercicio directo de un derecho ante la jurisdicción constitucional. Esta subordinación al criterio del órgano judicial ha sido criticada por algunos autores como González Pérez, quienes reconocen que "en el proceso constitucional, aquella persona que ha de soportar una ley anticonstitucional, no tiene legitimación constitucional para plantear la cuestión de inconstitucionalidad". También cita a Almagro Nosete: "La instancia cedida a la parte no es una legitimación para el ejercicio del derecho a la jurisdicción constitucional, pues esta facultad está vedada a las partes. No es más que una manifestación de las facultades que confiere el derecho a la jurisdicción ordinaria, en cuanto que se agotan ante el propio órgano jurisdiccional ordinario cuya resolución no es susceptible de recurso".

39 Pérez Calvo: art. cit., p. 86. "El hecho de que se haya atribuido al Defensor del Pueblo la legitimación para acudir al Tribunal Constitucional no está exento de problemas. A este respecto, el profesor De Vega criticaba rotundamente que con un sistema de jurisdicción constitucional concentrada y de justicia administrativa, como se da en nuestro país, se hubiera optado por una configuración del Defensor del Pueblo como magistratura 'de acción judicial y legalista', en lugar de mantenerlo dentro de los límites de una 'magistratura de opinión'. El mayor temor de éste sería que "el Defensor del Pueblo podría quedar totalmente desfigurado, de manera que no funcionara ni como magistratura de opinión ni como mecanismo legal de defensa del ciudadano, e incluso [...] 'que impidiera el funcionamiento de otras instituciones como la Justicia Constitucional'".

La motivación de este recurso es de variada índole; no sólo son personas individuales, sino también asociaciones con varios intereses, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, colegios de profesionales, partidos políticos, etcétera, lo que demuestra que para la Defensoría significa un trabajo técnico considerable⁴⁰ y de gran presión política; además, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Defensoría, el procedimiento y sus resoluciones deben igualmente contener suficientes fundamentos que indiscutiblemente van a generar reacciones por parte de todos los sectores; especialmente cuando se trata de resoluciones negativas que lo colocan en entredicho, con el peligro de que aunque no se trate de un juicio previo de inconstitucionalidad, los interesados ejerzan presión social sobre todo a través de los medios de comunicación y de esta forma pongan la imagen y la independencia de la institución en tela de juicio.

Justamente por la responsabilidad que reviste esta función, la Defensoría del Pueblo del Ecuador consultó con el Tribunal Constitucional —el órgano de única instancia de las demandas de inconstitucionalidad—, la redacción del “Reglamento de quejas, recursos constitucionales y demandas de inconstitucionalidad de competencia del Defensor del Pueblo”. Como resultado de la consulta y de sus observaciones, se promulgó con la siguiente excepción: que las demandas de inconstitucionalidad y el informe de procedibilidad serán de “competencia privativa”⁴¹ del Defensor del Pueblo.

Valdría tomar en cuenta una sugerencia práctica producto de la experiencia, como la que anota Alvaro Gil Robles⁴² para el caso español, en el sentido de obviar esta confrontación; es la de hacer uso de una facultad que también le está concedida al Defensor del Pueblo ecuatoriano, la “intervención previa”, lo que “conlleva la posibilidad de ejercitar su poder de recomendación en cualquier momento a cualquiera de los órganos que tengan poder de

40 Defensoría del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe...*, o. cit. De acuerdo con este informe, 2,9% de el total de quejas corresponde a demandas de inconstitucionalidad. De 310 informes, 89% fueron favorables y sólo 11% desfavorables.

41 El Reglamento de Quejas, Recursos Constitucionales y Demandas de Inconstitucionalidad de Competencia del Defensor del Pueblo descentraliza el conocimiento y resoluciones de las quejas en los defensores adjuntos y los comisionados o defensores provinciales, los cuales para sustanciarlas no requieren de autorización previa del Defensor del Pueblo.

42 Gil Robles y Gil Delgado: “El Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional”, art. cit., p. 253. Para combatir este peligro y basándose en la práctica de sus funciones como Defensor del Pueblo Español, en lo que sea aplicable al caso ecuatoriano, nos parece oportuno mencionar los requisitos que ha considerado necesario que estas demandas cumplan: “Que se trate de una norma que afecte a los derechos o libertades fundamentales de las personas. Que concurren los fundamentos jurídicos suficientes para el ejercicio de la legitimación activa. No ejercer la legitimación cuando ya lo han hecho cualquiera de los igualmente legitimados para ello. No interponer recurso de inconstitucionalidad cuando la solicitud de dicho recurso tiene por objeto materias competenciales, por entender que en este supuesto tanto las Comunidades Autónomas como el Gobierno de la Nación tienen conferida legitimación suficiente para acudir al Tribunal Constitucional en defensa de sus propios intereses y tales supuestos estarían claramente al margen del mandato esencial del artículo 54. Por último se suele acceder a la interposición del recurso solicitado cuando es posible hacer una interpretación de la norma en cuestión acorde con la Constitución (siguiendo un criterio ya consagrado por el propio Tribunal Constitucional) y en estos casos es frecuente el formular una recomendación al Gobierno o Ministro responsable de la aplicación de la norma, haciéndole llegar estos criterios de interpretación de la misma para su aplicación o desarrollo reglamentario posterior”.

iniciativa legal, previa a la presentación y aprobación de una ley”. Es obvio que sus recomendaciones pueden ser o no seguidas, pero su “independencia consiste exactamente en ejercer, motivada y fundamentalmente (lo que es contrario a la arbitrariedad y el oportunismo político), las competencias” que la ley le otorga.

Para situarnos dentro del marco de referencia de la complejidad organizacional y de la variedad de intereses de los grupos de poder y de los grupos de representación de la sociedad ecuatoriana es importante referirnos a la conformación del Tribunal Constitucional⁴³ en el cual se da, de hecho, una combinación de varios grupos de intereses, desde las bases de su estructura, que evidentemente agregan sus posiciones políticas. De acuerdo al artículo 275 de la Constitución Política, el Tribunal está integrado por nueve vocales quienes desempeñarán sus funciones por el término de cuatro años reelegibles, serán designados por el Congreso Nacional de un conjunto de ternas enviadas por: el presidente de la República (dos), la Corte Suprema de Justicia (dos), el Congreso Nacional (dos), los alcaldes y los prefectos provinciales (uno), las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas reconocidas (uno), y las cámaras de la producción (uno). Sin embargo de que deben reunir los mismos requisitos y estar sujetos a las mismas prohibiciones que los ministros de la Corte Suprema, “no serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo”.

La declaración de inconstitucionalidad de los actos administrativos “conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales”, lo cual encaja perfectamente con el objetivo de control y de recomendación que lleva a cabo la Defensoría.

A la Defensoría y al Tribunal Constitucional los une también la competencia sobre la acción de amparo que el Tribunal conocerá en segunda instancia por denegación y los casos de apelación previstos en la acción de amparo⁴⁴, tema que veremos por separado.

6. Relación con otros organismos de control

La Constitución Política de la República del Ecuador establece además otros organismos de control tradicionales como son la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General de Estado, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las Superintendencias de Ban-

43 Torres del Moral: o. cit., p. 200: “El principio de separación de poderes queda conformado de un modo distinto del clásico: el Poder Legislativo reside realmente en dos órganos, de los que al Tribunal Constitucional corresponde parcialmente la legislación negativa”.

44 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 276, numeral 3.

cos y Compañías. Está claro que existe un espacio en donde coinciden los diferentes órganos de control, que es la defensa de los ciudadanos.

El contralor “realizará auditorías de gestión a las entidades y organismos del sector público y sus servidores y se pronunciará sobre la legalidad, transparencia y eficiencia de los resultados institucionales. Su acción se extenderá a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan”; tiene la potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Es nombrado por el Congreso, de una terna enviada por el presidente de la República, lo cual lo sitúa en la órbita del Gobierno, al igual que al procurador y a los superintendentes. El procurador como patrocinador y asesor legal del Estado tiene como obligación de primer orden velar porque se mantenga el Estado de Derecho. El ministro fiscal, cercano a la Administración de Justicia, es nombrado de una terna presentada por el Consejo de la Judicatura,⁴⁵ tiene entre otras misiones la de dirigir y promover “la investigación procesal y procesal penal” y acusar “a los presuntos infractores”; vigilar el “funcionamiento y aplicación del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente; coordinar y dirigir la “lucha contra la corrupción”; y coadyuvar en el “patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y de la ley”. Su actuación se va a centrar en promover la acción de la justicia en el ámbito de los Tribunales; es el abogado de los asuntos de la sociedad y por lo tanto también responsable de velar porque el debido proceso se cumpla cabalmente. Las superintendencias, organismos con personería jurídica de derecho público cercanas también a la esfera del Gobierno, se encargan del control de las instituciones públicas y privadas, a fin de que las “actividades económicas y los servicios que presten se sujeten a la ley y atiendan al interés general” de la sociedad y de las necesidades de los usuarios, que son también interés de la Defensoría del Pueblo.

Finalmente, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción,⁴⁶ es una persona jurídica de derecho público, con autonomía e independencia

45 Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura del Ecuador, artículo 2: “El Consejo Nacional de la Judicatura estará integrado por el presidente de la Corte Suprema de Justicia y por siete vocales, designados por el pleno de la Corte Suprema, con el voto de por lo menos las dos terceras partes de sus integrantes, de la siguiente manera: a) Tres designados directamente por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; b) Uno por los ministros: de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, y de las Cortes Superiores de Justicia; c) Uno por la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador; d) Uno por los decanos de las facultades de Derecho, Jurisprudencia o Ciencias Jurídicas de las Universidades reconocidas por el Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas; y Uno por los presidentes de los colegios de abogados del Ecuador legalmente reconocidos”.

46 La Comisión de Control Cívico de la Corrupción fue creada en el marco del Convenio Interamericano Contra la Corrupción, aprobado en Caracas el 29 de mayo de 1996, ratificado por el Congreso Nacional y publicada en el RO n° 70 del 23 de mayo de 1997.

económica, política y administrativa, que actúa en representación de la ciudadanía;⁴⁷ su objetivo es el de prevenir, investigar, identificar e individualizar los actos de corrupción y la difusión de valores y principios de transparencia en el manejo de los asuntos públicos. “Para estos efectos recibirá, tramitará e investigará denuncias sobre actos cometidos por mandatarios y representantes de elección popular, magistrados, dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados de los organismos del Estado y por las personas particulares involucradas en los hechos que se investigan”; sus conclusiones las pondrá “en conocimiento del Ministerio Público, de la Contraloría General del Estado o del órgano jurisdiccional que fuese competente”. La Comisión “se ocupará preferentemente de las denuncias sobre casos de peculado, cohecho, extorsión, concusión, agiotismo, fraudes en el sistema financiero y acciones fraudulentas en general y otras similares que afecten los recursos del Estado o de las instituciones del sector público incluyendo aquellas en que participe accionariamente el sector privado”.

“No interferirá en las atribuciones de la función judicial, pero ésta deberá tramitar sus pedidos. Podrá requerir, de cualquier organismo o funcionario de las instituciones del Estado, la información que considere necesaria para llevar adelante sus investigaciones. Los funcionarios que se nieguen a suministrarla serán sancionados de conformidad con la ley. Las personas que colaboren para esclarecer los hechos gozarán de protección legal”.⁴⁸

Téngase presente que, en todo caso, debería de haber un intercambio de información fluido, si fuera posible inclusive canalizarla periódicamente, y una actuación conjunta en los casos que amerite a todos los organismos de control. Una característica y gran ventaja de la Defensoría —recordemos— es el acceso directo que tiene el público a ella, a diferencia de los otros organismos que permanecen extraños y alejados de los pequeños problemas de la mayoría e inmersos en el juego de interés de los grupos de presión sobre el Gobierno.

47 Ley de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción del Ecuador, artículo 4: “Designación. Los miembros de la Comisión serán designados por Colegios Electorales conformados por cada una de las siguientes entidades: 1. El Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas; 2. Gremios profesionales legalmente reconocidos, representativos de cada sector y de carácter nacional; 3. La Asociación Ecuatoriana de Editores de Periódicos, de Canales de Televisión, de Radiodifusión y la Federación Nacional de Periodistas; 4. Las Federaciones Nacionales de las Cámaras de la Producción; 5. Centrales Sindicales y Organizaciones Indígenas, Afroecuatorianas y Campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas; 6. Organizaciones de Mujeres, legalmente reconocidas; y, 7. Organizaciones de Derechos Humanos y de Defensa de los Consumidores, legalmente reconocidas”.

48 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 221. Conclusiones de la Comisión, Peticiones de información.

7. Otras funciones de la Defensoría del Pueblo

Recordemos que una de las características más significativas de la Defensoría es el fácil y libre acceso que tienen todos los ciudadanos, sin condición. Es justamente gracias a ella y a algunos de sus propósitos fundamentales, como el de educar a la población en el conocimiento de sus deberes y derechos para lograr un Estado de Derecho, o a la facultad de visitas y observación permanente de varios estamentos que tienen como finalidad el servicio público, así como los centros de rehabilitación penitenciaria o de salud pública, lo que le mantienen en constante contacto con la ciudadanía, con la Administración, así como también con otras organizaciones de carácter privado que tienen como fin velar por ciertos derechos colectivos como los de los consumidores, los de medio ambiente u otros más difusos, individuales y carentes de cualquier organización, vía procesal o tutela jurisdiccional, como el urbanismo o los sistemas de servicio computarizados.

7.1. *Facultad para interponer recursos*

Otra de las funciones con las cuales dotó la Constitución ecuatoriana a la Defensoría es la de interponer recursos y acciones. En la práctica, la intervención del Defensor no interfiere con el derecho de los ciudadanos de acudir ante los Tribunales. Los recursos son considerados como una “garantía suplementaria” en la defensa de los derechos y se los acepta en general como una vía menos complicada, más rápida y eficiente. Sin embargo, es justamente esta legitimación para actuar en la vía judicial la que ha dado lugar a más críticas dentro de la doctrina y en los debates políticos; sin duda, desde que se la implementó en España, en un régimen judicialista, se introdujo una característica más a la figura tradicional del Ombudsman. Y creó la expectativa sobre los riesgos de conflictividad que podía acarrear con respecto a las funciones de otros organismos de control.

La variada gama de relaciones que mantiene con otros organismos estatales exige como requisito lo que ya hemos señalado, que esta institución debe tener toda la independencia orgánica y funcional posible para realizar el control de carácter ‘bifonte’ que señala Varela Suanzes-Carpegna o el de ‘institución mixta’ como lo denomina Pérez Calvo o subrayando esta duplicidad y nominándolo de ‘magistratura de opinión y de acción judicial’, según P. de Vega. “La bidimensionalidad del control que el Defensor del Pueblo lleva a cabo no afecta, pues, a los rasgos esenciales que, tanto desde un punto de vista orgánico como funcional, determinan su naturaleza jurídica. [...] En realidad, el Defensor del Pueblo, aún siendo siempre un órgano auxiliar de las Cortes Generales y un órgano de control, se configura de un modo diferente cuando supervisa la actividad administrativa y cuando impulsa la

jurisdicción constitucional. En el primer caso, se configura como un *órgano inquisitivo*; en el segundo, como un *órgano requirente*, similar al Ministerio Fiscal”.⁴⁹

7.2. El recurso de amparo

Según Fix Zamudio, el proceso de amparo, acción o recurso “surgió en el derecho latinoamericano como un aspecto de la revisión judicial norteamericana”. Una vez establecido en la Constitución Federal de 1857 “como instrumento específico para la tutela de todos los derechos consagrados constitucionalmente, incluyendo la libertad personal (es decir que abarcó desde sus inicios el hábeas corpus), trascendió a varios ordenamientos de América Latina”.⁵⁰ En el Ecuador, el amparo fue introducido en la Constitución de 1967 pero fue suprimido posteriormente y reapareció en la Constitución de 1998.

Desde el punto de vista de su extensión protectora, en un primer sentido el amparo debe entenderse como un instrumento equivalente al hábeas corpus, pues se utiliza para la tutela de la libertad de las personas físicas en contra de detenciones indebidas, afectaciones a la integridad personal o respecto de irregularidades en el procedimiento. En el Ecuador se “regula como instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente con excepción de la libertad personal, ya que ésta se tutela por medio del tradicional hábeas hábeas”.⁵¹

En el supuesto del recurso de amparo, el Ombudsman se halla en la misma situación que para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Esta característica extraordinaria lo legitima activamente, como ya hemos señalado, para actuar en el ámbito del “litigio semicontencioso”.⁵² Sin lugar a dudas, este recurso igualmente refuerza el rol que puede desempeñar en los diversos casos de violación de los derechos fundamentales frente a “un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que prestan servicios públicos o actúan por delegación o concesión de una autoridad pública. Y se podrá presentar acción

49 Varela Suáñez-Carpegna: art. cit., p. 74.

50 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., pp. 604-605.

51 Ibidem, p. 606.

52 Ibidem, p. 73: “Tampoco puede decirse que este control sea jurisdiccional, pero sí *semicontencioso*, “utilizando la terminología que Legrand, en un estudio ya clásico, aplica al control que realizan el *Ombudsman* finlandés y el sueco cuando interponen determinadas acciones ante la jurisdicción ordinaria”.

de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso".⁵³

Si la Defensoría, como resultado de sus investigaciones, encuentra que se ha infringido algún derecho que afecte a la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica, procederá inmediatamente a promover el recurso.⁵⁴ En cuanto a la legitimidad de atender el recurso, la ley orgánica de la Defensoría dota a los defensores adjuntos, los comisionados o defensores provinciales y a los directores nacionales de quejas y recursos constitucionales, de la capacidad de recibir la acción de amparo constitucional. En cuanto al procedimiento, no habrá lugar a la inhibición por parte del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. El juez convocará a las partes en el plazo de veinticuatro horas subsiguientes para oírlos en audiencia pública y, de encontrar fundamento, ordenará acción inmediata. La resolución será dictada por el juez en cuarenta y ocho horas, para que se cumpla de inmediato; ésta puede ser apelada para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional.⁵⁵

Tanto las experiencias del primer año de labores de la Defensoría como en la Defensoría del Pueblo español recogen observaciones que bien valdría la pena atender para prevenir también posibles desnaturalizaciones de este recurso. En el período de 1998 a 1999, la Defensoría ecuatoriana recibió 178 recursos de amparo a nivel nacional, 76% de los cuales fueron concedidos. Sin embargo, aunque este recurso es prácticamente nuevo en el derecho ecuatoriano, su aplicación no guarda conformidad con el texto y con el espíritu de la norma constitucional; "no se registra un solo caso en que se haya suspendido inmediatamente, después de haber oído a las partes, la acción actual o inminente violatoria de la Constitución. Los trámites de amparo no concluyen dentro de las setenta y dos horas fijadas por la norma constitucional y, al contrario, muchos de los casos están pendientes por días e inclusive meses".⁵⁶

Desde otro punto de vista, a la hora de decidir, el Defensor del Pueblo español⁵⁷ ha considerado como regla general, además de los supuestos legales de rechazo necesarios, el no aceptar ser coadyuvante en ningún pleito constitucional, sino también por cuanto pudiera suponer de posible manipu-

53 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 95 (Amparo constitucional).

54 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, artículo 16.

55 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 95 (Amparo constitucional).

56 Defensor del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe...*, o. cit., pp. 93-94.

57 Gil Robles y Gil Delgado: "El Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional", art. cit., p. 264. A lo largo de estos años se han dirigido al Defensor del Pueblo más de trescientas solicitudes de interposición de recurso de amparo y sólo se han interpuesto diez. El Tribunal Constitucional ha resuelto positivamente, concediendo el amparo, en nueve casos, y en un supuesto el Defensor ha desistido de su recurso interpuesto *ad cautelam* porque el solicitante vio reconocida por el Tribunal su legitimación para recurrir directamente. Los resultados, pues, creo que pueden considerarse positivos y también es un ejemplo claro del rigor sostenido en una materia tan delicada.

lación del prestigio de la institución y su independencia de criterio.⁵⁸ Los criterios básicos que han regido respecto a las peticiones de recurso de amparo son que el Defensor no debe sustituir la iniciativa de quien está directamente legitimado para recurrir y tiene medios para ello, sino cuando “los hechos concurrentes confirmen una grave vulneración de un derecho o una libertad fundamental, susceptible de amparo y con trascendencia en la vida colectiva; o cuando se tenga fundada certeza de que la persona afectada no puede recurrir por sus propios medios sin que estos criterios impliquen, como se ha dicho en el caso del recurso de inconstitucionalidad, freno o límite al cumplimiento de la honrosa misión que las normas constitucionales confían a esta institución”.⁵⁹

Vale la pena destacar que a través del contacto directo y permanente con los ciudadanos puede realizar una supervisión indirecta de la actuación de los tribunales en el cumplimiento de los derechos fundamentales, y provocar además que el Tribunal Constitucional conozca y resuelva sobre una determinada actuación judicial, lo cual reafirma la esencia de la Defensoría como un órgano constitucional más flexible y abierto que los demás actores legitimados para interponer recursos.

7.3. *El recurso de hábeas corpus*

Este instrumento, que se “desarrolló en los Estados Unidos por la influencia de la ley inglesa de 1679, se ha consagrado en la totalidad de las Constituciones latinoamericanas, con el significado clásico de procedimiento judicial para la tutela de la libertad personal o de movimiento, así como la protección de la integridad física y moral de los afectados, en contra de detenciones arbitrarias, generalmente de carácter administrativo, es decir, ordenadas por el ministerio público o la policía, las que son muy frecuentes en nuestra región; excepcionalmente procede respecto de resoluciones judiciales. En cuanto a las modalidades en Latinoamérica podemos destacar que en varias ocasiones se ha hipertrofiado su utilización, a falta de otros instrumentos específicos, para la tutela de los derechos fundamentales”.⁶⁰

El recurso de hábeas corpus no es una nueva competencia dentro del ejercicio de las funciones constitucionales que ya le conciernen al Defensor;

58 Defensor del Pueblo del Ecuador: *Primer Informe...*, o. cit., p. 409: “Durante el año 2001 se han recibido cuatro solicitudes en las que se interesa la interposición de recurso de amparo constitucional. En todas ellas, el recurso solicitado correspondía al tipo de los previstos en el artículo 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, contra situaciones en las que la vulneración de un derecho fundamental resulta imputable de forma inmediata y directa a una resolución judicial. Se trataba de casos de revisión juicio de legalidad y revisión valoración prueba realizada por los órganos jurisdiccionales. [...] adoptó el acuerdo de no acceder a la pretensión de los interesados por estimar que no resultaba viable la acción de amparo”.

59 Gil Robles y Gil Delgado: “El Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional”, art. cit., p. 249.

60 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., pp. 603-604.

es una vía que tiene los mismos efectos de defender los derechos fundamentales y específicamente el de la libertad personal de toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad. Este recurso le legitima para actuar directamente o por “interpuesta persona”, sin necesidad de mandato escrito, lo cual es enteramente lógico por cuanto corresponde a un recurso que se interpone por la pérdida del más importante bien constitucionalmente protegido como es la libertad personal.

La institución del hábeas corpus deviene de una antiquísima tradición del Derecho anglosajón; etimológicamente se configura como una “comparecencia del detenido ante el juez”, lo cual explica su procedimiento de permitir al ciudadano detenido, privado de libertad, exponer personalmente su alegato contra las causas de su detención con el objeto de que el juez resuelva sobre la conformidad en Derecho de la detención. Históricamente el hábeas corpus ha demostrado su funcionalidad basada en ciertos principios como la agilidad para que el daño causado sea reparado con la máxima celeridad a través de un procedimiento judicial sumario y extraordinariamente rápido, lo cual constituye una garantía para que estas situaciones ilegales terminen a la mayor brevedad posible. La falta de formalismos y sencillez posibilita la comparecencia verbal, sin necesidad de un abogado o procurador. El recurso de hábeas corpus está al alcance de todos los ciudadanos, sin distinción de su nivel económico o de conocimientos. El alcance es general; no caben excepciones. Ninguna autoridad puede sustraerse de la obligación de controlar la legalidad de la detención de las personas. Además el recurso pretende alcanzar no sólo a los supuestos de detención ilegal contra lo legalmente establecido o sin cobertura jurídica, sino a que las detenciones que están dentro del marco legal no se prolonguen ilegalmente o tengan lugar en condiciones ilegales.

La Constitución ecuatoriana dispone que la autoridad ante la cual se presentará el recurso será el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona afectada. La autoridad municipal tendrá un plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud para ordenar que el “recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia y se exhiba la orden privativa de libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención”.⁶¹

Una regulación con las características anotadas tiene una enorme importancia en el orden de protección de la libertad de los ciudadanos; fuera de toda duda, es totalmente congruente legitimar a la Defensoría para que pueda instar el procedimiento de hábeas corpus inclusive con las características propias señaladas y la naturaleza misma de la institución. En comparación con otras latitudes, sorprende el número de recursos presentados en el infor-

61 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 93.

me de la Defensoría del Ecuador en el período 1998-1999, suman 841 a nivel nacional, de los cuales han sido concedidos 57% y denegados 43%.

7.4. *El recurso de hábeas data*

En Latinoamérica, el hábeas data aparece como una institución novedosa en la Constitución Federal brasileña de 1988; este instrumento “procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificación de datos, cuando el afectado no prefiera hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo”.⁶²

Este recurso, que no está mencionado en el texto constitucional, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, que considera que pertenece también a los derechos fundamentales el hecho de que toda persona tenga “derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito”, y pueda solicitar la actualización o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.⁶³

Este instrumento tiene por objeto proteger a la persona contra las posibles afectaciones a sus derechos por medio de la información electrónica; en la actualidad, la protección y el control del manejo de los datos se vuelve imperativo debido al vertiginoso avance de la tecnología y la sistematización, sobre todo en los últimos años, más aún cuando la complejidad y tamaño del campo que abarcan es infinito. Lógicamente, para poder ejercer un control efectivo se necesita de ciertas leyes que protejan su uso y tratamiento y tengan por objetivo garantizar las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas, en especial, su honor e intimidad.

Como un ejemplo podríamos citar las múltiples quejas que recibe la Defensoría del Pueblo con respecto a los problemas que afrontan los usuarios por fallas en los sistemas bancarios; no existe un estudio de los avances del tratamiento de los casos, ni tampoco un pronunciamiento al respecto. No existe todavía ninguna regulación directa, ni relativa a la actividad propia de ellos, ni al manejo, calidad, seguridad, ni tampoco al derecho de información y consentimiento para su manejo, ni un procedimiento sancionador.

62 Fix-Zamudio: “Garantía de los derechos...”, art. cit., p. 608.

63 Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 94.

Conclusiones

El presente trabajo partió de una investigación bibliográfica exhaustiva del Ombudsman o Defensoría del Pueblo, como se lo conoce en el Ecuador, con el objeto de conocer, a través de un análisis comparativo, la naturaleza jurídica, las características generales y la evolución de esta institución. Hemos esbozado brevemente algunos ejemplos de los países donde se desarrolló originariamente, sus clases y algunos de los organismos internacionales con los cuales se identifica la figura, para entrar de lleno en el análisis de los antecedentes, el marco jurídico dentro del cual nace en el Ecuador; el desarrollo de la institución y, finalmente, tratar de esbozar el aporte que ésta puede prestar para salvaguardar los derechos de los ciudadanos y consolidar la democracia en el país.

La base estructural sobre la cual se configura esta “magistratura de persuasión”, definitivamente está influenciada directamente por la Constitución española de 1978 y su homólogo, el Defensor del Pueblo español. La versión española, aparte de la referencia característica de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a las actividades de los poderes públicos, legitimó al Defensor para controlar la Administración, demandar inconstitucionalidad e interponer el recurso de amparo. La ecuatoriana, al igual que otras en Latinoamérica, amplía su marco de actuación de acuerdo a sus propias necesidades históricas, sobre todo dando especial énfasis a la defensa de los derechos humanos y al control de los servicios públicos. La Defensoría ecuatoriana tutela todos los derechos y garantías individuales y sociales que contempla la Constitución; a diferencia de la española, su ámbito de acción no se circunscribe sólo al sector público, sino que abarca también al sector privado. Respecto a las quejas sometidas a resolución judicial o administrativa, la Defensoría vigila el respeto y cumplimiento del debido proceso. Entre las actuaciones especiales de las que se le dotó, también está la de velar por el cumplimiento de los derechos humanos de los ecuatorianos que viven en el extranjero. La Ley Orgánica ecuatoriana concede al Defensor amplias facultades para nombrar a todos sus colaboradores, incluidos los adjuntos; puede organizar la institución en todo el territorio nacional y aprobar los reglamentos que sean necesarios, lo cual le permite ampliar su

campo de acción de acuerdo con las necesidades que puedan surgir, ya sea aumentando la cobertura de la Defensoría a nuevas áreas especializadas en distintas problemáticas, así como también nombrando a sus representantes inclusive en el exterior; facultades todas que refuerzan aún más su autonomía e independencia y que, al mismo tiempo, son de gran responsabilidad y de enorme incidencia en la opinión pública y en el quehacer político nacional.

Desde la Primera Constitución del Ecuador, el Estado se configuró como un Estado social de Derecho, democrático, con un Gobierno de tipo presidencial. Este postulado básico se ha mantenido durante los años de conformada la República; podríamos decir, en términos generales, que la excepción temporal se ha dado durante los períodos dictatoriales. Sin embargo, el análisis histórico muestra que ya desde la época de la Colonia, pese a la existencia de cierta estructura institucional de control, la Administración conoció el germen de la corrupción. Este mal mayor, que resulta sumamente difícil de erradicar, está plasmado en el comportamiento “ajurídico” generalizado y heredado como tradición a través de generaciones, motivo por el cual, en las ciencias sociales, políticas y económicas, se ha llegado inclusive a categorizarlo como un “fenómeno dinámico y en expansión”, “característico” y, sin lugar a dudas, uno de los “principales problemas” de los países “tercermundistas”. Esta situación, que no se compara fielmente con la noción de democracia, refleja una realidad en la cual el ejercicio del poder político se complica aún más y, al parecer, hace que fracase cualquier programa de desarrollo.

La diversidad que muestran los fenómenos sociológicos ocurridos en el país y en la región han dado lugar a la creación de una amplia gama de matices en la terminología y en la concepción de la definición de democracia. Tras la caída del Muro de Berlín (1989) y la apertura del bloque comunista, la democratización se convirtió en un fenómeno casi mundial; sin embargo, a pesar de que la mayoría de los países del “Tercer Mundo ampliado” cuenta actualmente con un gobierno democrático electo, la consolidación de este gobierno es un proceso que requiere de ciertas condiciones sociales favorables y de un esfuerzo por mantenerlas, así como de una participación activa de todos los componentes y actores sociales por comprometer la continuidad de las instituciones y la estructura gubernamental necesarias para su transición y desarrollo.

En la Constitución ecuatoriana, el Estado social y democrático de Derecho, ha sido interpretado como el motor del desarrollo económico y social; con miras a tal propósito se le ha dotado de ciertos principios estructurales y funcionales, de organismos que con su accionar coadyuvan a llevar a cabo los planes y las políticas de gobierno dentro de las normas fundamentales del Estado. Evidentemente, el ordenamiento jurídico ofrece ciertas garantías necesarias para que los ciudadanos reclamen el ejercicio de sus derechos y también de sus deberes; pero además, en cuanto organismo de control independiente a los poderes del Estado y con autonomía institucional, la creación de la Defensoría del Pue-

blo ecuatoriana se enmarca y justifica dentro de este propósito general, poniendo énfasis, sobre todo, en la necesidad de los ciudadanos de defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución les garantiza.

Hemos constatado, sin embargo, que las posibilidades de acceso directo a la democracia, a su control y al proceso legislativo en el sistema de gobierno ecuatoriano son escasas, complicadas, elitistas y de larga tramitación, lo cual contrasta con las posibilidades de acceso que ofrece la institución del Defensor del Pueblo. La flexibilidad del modelo, tanto para el control de la Administración como para la defensa de los derechos fundamentales y el éxito demostrado, hace posible su aplicación en los distintos ámbitos tanto públicos como privados en donde existen conflictos de intereses.

Además de los problemas internos, generalmente producto de la falta de gobernabilidad y de la pugna de intereses de los diferentes grupos que acceden a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el desarrollo de la sociedad ecuatoriana, así como de otras de la región, está también a merced de los intereses de la macroeconomía; es contundente que las medidas económicas dictadas por los organismos internacionales de crédito y adoptadas por el país son una estrategia más del intervencionismo económico y político. La forma política democrática que se ha pretendido dar al Estado no ha desarrollado los elementos básicos necesarios de una democracia plena; al contrario, el sistema únicamente ha garantizado el intervencionismo de conveniencia de intereses económicos de los grupos hegemónicos nacionales, las transnacionales y las políticas internacionales, que han actuado siempre en desmedro del beneficio social y nacional, produciendo de esta forma más concentración de beneficios y privilegios sectoriales. A todo ello debemos sumar además el fuerte impacto del proceso de globalización y privatización que, entre otros efectos, está generando un cambio más acelerado de la estructura y de la forma tradicional del Estado y, concomitantemente, provocando un incremento de normas legales que recargan la capacidad de control de las instituciones afines. Consecuentemente, sobre todo en sociedades con grandes desigualdades sociales, este fenómeno está ocasionando aún más desequilibrio y diferencias culturales, sociales y económicas. Como resultado de la injerencia de todos estos componentes se ha hecho aún más evidente nuestro desigual desarrollo y se han puesto a prueba no sólo nuestros débiles mercados, sino nuestras deficientes democracias.

La injerencia arbitraria de estos procesos ha ido generando cambios profundos en la sociedad y conduciendo al Estado ecuatoriano a participar en este nuevo orden imperialista y competitivo. El Estado ha perdido no sólo legitimidad, sino que ha desvirtuado su verdadera razón de ser, al faltar a la responsabilidad democrática y a la redistribución equitativa que debe guardar para con todos los sectores de la sociedad. Y, a cambio, ha ido cediendo espacio para permitir la penetración de grupos de intereses en el poder que añaden un componente más a la diversificación y dispersión del ejercicio clásico del poder. La

globalización económica significa también una globalización de la política y, por ende, una transnacionalización del poder que está indudablemente presente en el Ecuador.

En este orden de intereses surgen nuevos actores sociales que presionan y tratan de obligar al Estado a redefinir su papel; progresivamente éste se ve cada vez más incapaz; inclusive ha perdido el control sobre áreas estratégicas y productivas, y ha mantenido las empresas no productivas de servicio social que están plagadas de burocratismo y sindicatos que exigen al Estado mayores prebendas para su conveniencia e intereses de clase. El aparato burocrático del Estado sigue creciendo y consumiendo más. En total oposición al propósito de reducir el tamaño del Estado acorde con una política de austeridad fiscal, ha aumentado los órganos tradicionales; se han creado más ministerios y una diversidad enorme de órganos afines a ellos, como corporaciones de derecho público, institutos autónomos, empresas estatales o mixtas, comisiones ministeriales, interministeriales, sectoriales, regionales, permanentes o especiales compuestas inclusive por los miembros de organizaciones privadas con los cuales la burocracia crea sus nuevas redes de poder, lo cual da lugar a lo previsto, no sólo a confundir el ámbito entre lo público y lo privado, sino a la pérdida de cohesión interna y de funcionalidad global del Estado.

Inmerso en una deuda externa que supone financiar proyectos sociales y productivos que generen más trabajo y bienestar, el Estado malgasta estos fondos, los que al final se pierden en el infinito abismo de la corrupción. Igualmente, para mantenerse consume toda la excipiente producción nacional, además del producto generado de la venta de las empresas públicas o del área social. En este contexto, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos se vuelven cada vez más tensas; uno de los efectos negativos de este proceso se manifiesta justamente en las lesiones a los derechos fundamentales, agresiones a los derechos económicos, sociales y políticos traducidos en una pérdida de libertad y claramente manifestados en los índices de incremento de la pobreza, de desempleo, de corrupción, de terrorismo, de insalubridad, de falta de vivienda, de migración, de violaciones de los derechos humanos, de ineficientes servicios públicos y privatizados, etc., factores todos que siguen debilitando el Estado de derecho y el sistema democrático.

Frente a esta situación, los ciudadanos se ven cada vez más oprimidos y desconcertados; se muestran cada vez más relegados en sus derechos, incapaces de participar en las decisiones políticas, de canalizar el ejercicio de su derecho democrático a reclamar, a solicitar, a exigir y, lo más grave, se sienten impotentes e indefensos ante el poder de decisión. Además, la posibilidad de solución efectiva e inmediata a sus propios conflictos es compleja y confusa, los medios de defensa están inmersos en una maraña de leyes sustentadas sobre una estructura dispersa, indeterminada y contaminada igualmente de burocratismo y corrupción. Los movimientos sociales, la discontinuidad y desestabilidad

políticas acontecidas en los últimos años en el Ecuador, son un reflejo fiel de la falta de medios adecuados para canalizar los requerimientos de algunos sectores de la sociedad.

La pregunta central que nos habíamos planteado era si la Defensoría del Pueblo del Ecuador estaría efectivamente cumpliendo el objetivo para el cual fue creada y si los medios con los cuales cuenta son suficientes como para defender los intereses de los ciudadanos, sobre todo de aquellos que carecen de capacidad de representación y acceso en las estructuras de poder político que se han desarrollado; en definitiva, si su accionar es a largo plazo, un aporte para consolidar y fortalecer la democracia.

De nuestro análisis podemos concluir que, en lo que se refiere a la autonomía institucional e independencia, el Defensor del Pueblo del Ecuador, gracias al respaldo constitucional, tiene el máximo de autonomía, vasto ámbito de competencia, amplio poder de investigación, incondicional colaboración de los poderes públicos y de las Administraciones y capacidad de negociación extraoficial, lo cual lo dota de medios suficientes y de capacidad de acción, tanto de oficio como a petición de parte. Para consolidar su labor es fundamental que cuente con los medios materiales, económicos, técnicos, logísticos y humanos necesarios, sin perjuicio de la fiscalización que le corresponda, puesto que gran parte del éxito de sus gestiones dependerá de los recursos que le asigne el Congreso, de acuerdo al presupuesto general. A falta de recursos, inclusive la independencia de la institución y el libre ejercicio de sus funciones se verán menoscabados. La Defensoría cuenta con una partida presupuestaria propia y con suficiente personal capacitado; en los casi cinco años de funcionamiento ha logrado poner en marcha a la institución, amparada en su Ley Orgánica, ha logrado desarrollar un Reglamento Orgánico Funcional que le ha permitido extenderse a nivel nacional, a través de un sistema descentralizado, y crear áreas de servicio especializado conforme a los requerimientos de la sociedad y la complejidad de sus problemas. En cuanto a su independencia política, podemos decir que se ha mantenido al margen de la controversia, pero no por ello le han sido indiferentes los diversos y graves problemas políticos que se han suscitado en este período. La Defensoría ha logrado mantenerse activa pese a los inusitados cambios de gobierno y la inestabilidad política que ha vivido el país; lo cual reitera, al menos parcialmente, su independencia para con el Poder Ejecutivo y el respaldo y reconocimiento de su labor por parte del Congreso Nacional y de la ciudadanía.

En lo referente al acceso y a la difusión de su trabajo, gracias a la forma en la cual se ha estructurado a la institución, podemos decir que la Defensoría ha atendido a todas las demandas y quejas de variada índole y de los diferentes sectores de la sociedad. El fácil acceso y la flexibilidad que ha demostrado le han proporcionado abundante información de primera mano y la posibilidad de acercarse no sólo a los ciudadanos y sus problemas específicos, sino a los or-

ganismos públicos y privados responsables de los presuntos agravios denunciados. Esta capacidad le ha permitido además forjarse una idea global de los problemas sociales que más aquejan a la sociedad, así como de las deficiencias tanto administrativo-estructurales como políticas del sistema. En este sentido, la Defensoría ha actuado con responsabilidad política a favor de la democracia, por una parte recibiendo las quejas individuales y colectivas (*input*) y, por otra, canalizando las distintas problemáticas sociales para transmitir las a los responsables del Gobierno. Sobre todo diríamos que ha contribuido y dado especial impulso para poner en marcha el sistema democrático atendiendo a las necesidades de los grupos sociales minoritarios que no tenían cabida dentro del sistema político.

En los informes anuales presentados da cuenta de su labor y hace pronunciamientos para que sean acogidos por las autoridades. La publicidad de su trabajo depende, más que de la difusión, de su informe, del contacto permanente que éste mantiene con los medios de comunicación, lo cual ha logrado gracias al prestigio con el cual cuenta la Institución. Este contacto le permite, a pesar de ser una figura “apolítica”, entrar en la escena pública y fomentar el debate y la participación ciudadana. La influencia indirecta de configurar una democracia participativa en el proceso político no forma parte de sus potestades pero, sin embargo, constituye el arma más poderosa para llevar a cabo sus funciones.

La efectividad y el resultado final de su trabajo se concretaría en la capacidad de influencia que el Defensor pueda ejercer sobre el proceso legislativo (*output*). A pesar de que sabemos que su capacidad impositiva depende únicamente de la convicción que puede ejercer en ellos a través de sus recomendaciones, el prestigio y el reconocimiento de su trabajo gracias al contacto, al intercambio de información e inclusive la cooperación que ha mantenido con los diferentes órganos de control, le han valido como medio para que, con pleno conocimiento de causa, logre promover inquietudes y coordinar proyectos conjuntos y propuestas legales concretas en el seno del Poder Legislativo. En este sentido, a pesar de la diversidad de áreas y problemáticas sociales cubiertas por las diferentes direcciones y comisionados provinciales, nos parece que la Defensoría tiene todavía una labor pendiente en la elaboración de disposiciones legales especiales y también complementarias, referentes a la relación que mantiene con otros organismos de control. El intercambio de información y la elaboración de una red de control serían de gran utilidad para facilitar su labor, así como para incidir directamente con su aporte en los otros organismos oficiales de control estatal.

Por otra parte, la Defensoría recibe un promedio de 10.000 quejas anuales que permiten a la institución formarse una idea clara de la realidad social, al mismo tiempo que estructurarlas sistemáticamente con el fin de elaborar planteamientos concretos que den soluciones globales. Esta idoneidad resulta su-

mamente importante al momento avanzar en la tarea de hacer que las normas del derecho adquieran funcionalidad; de lo contrario, la brecha entre derecho formal y material seguirá acrecentándose. El Defensor ha contribuido de una manera significativa al desarrollo de la normativa jurídica en el reconocimiento de nuevos derechos e intereses colectivos y difusos; al desarrollo de modos no jurisdiccionales de solución de conflictos, como la mediación; a la ampliación y agilidad en el procedimiento, controlando sobre todo la aplicación del derecho a un debido proceso; a salvaguardar los derechos de los ecuatorianos en el exterior, haciendo respetar los convenios internacionales; a supeditar el impacto causado por la privatización, sobre todo, de los servicios públicos; al desarrollo de una ética de comportamiento para los tribunales y la sociedad en general, emprendiendo y promoviendo un proceso de cambio de mentalidad en la población, a través un movimiento projusticia y anticorrupción y de aprendizaje social, de democratización del sistema político. Todos estos factores hacen una contribución decisiva para que, en la situación socioeconómica de desventaja en la que vive la mayoría de la población ecuatoriana, se combatan directa y efectivamente las prácticas corruptas, habida cuenta de que al entorno institucional lo forma la propia sociedad.

En una sociedad como la nuestra, donde los valores y la credibilidad ciudadana en las instituciones democráticas se han desgastado tanto, el derecho a interponer una queja cumple también con una función social, en relación con la crisis de valores de la sociedad y la falta de confianza en las instituciones democráticas. No podemos dejar de reconocer que la Defensoría del Pueblo ha logrado ganar confiabilidad, reconocimiento y aceptación en el consenso ciudadano. No tiene únicamente el mérito de haberse hecho presente en los momentos de crisis, sino que ha emprendido una ardua labor para lograr concientizar a la ciudadanía de la ventaja de poder contar con este medio para ejercer sus derechos democráticos.

Muchos Ombudsmen han emprendido como excelentes “agentes de relaciones públicas” —como decía Napione— en su intento, primero, por hacerse conocer, segundo, por hacer permeables las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones y, finalmente, por influir positivamente en la evolución de la sociedad sirviendo eficientemente en pro de una justicia igualitaria.

En un tiempo adverso, en una región cada vez más afectada por la pobreza y las desigualdades, el Defensor se halla frente a retos específicos que corresponden a una realidad social que las más de las veces no se corresponde con la integralidad de los derechos humanos. Es entonces cuando su labor es más significativa; debe actuar firme, con entereza, trazarse nuevas metas para lograr, a través únicamente de sus recomendaciones e informes, sin potestad jurisdiccional y dejando de lado los intereses políticos, convencer a la ciudadanía de que es posible hacer respetar sus derechos. Consolidar la democracia y el Estado de Derecho significa ser conscientes de la realidad y plantearse cambios y mejoras,

actuar y promover, gestionar y ser parte de ese proceso. Erradicar la corrupción, la impunidad, la violencia, el burocratismo, desintoxicar a la política y a la burocracia, es una tarea de todos. La Defensoría, desde su posición mediadora, ha de emprender en ambos frentes, cooperar en la gobernabilidad y, al mismo tiempo, educar y guiar a la sociedad civil. Modificar los patrones de conducta, impulsar los valores de convivencia y desarrollo humano, requiere sobre todo de la fuerza moral de la *auctoritas* con la cual debe actuar la Defensoría.

En suma, es de vital importancia que el Estado asegure la igualdad, la honradez y la justicia para todos los ciudadanos; que cada individuo se sienta protegido por una institución imparcial y despolitizada que reconozca sus derechos y contribuya a mantenerlos y mejorarlos. La Defensoría no sólo asegura que esta estructura se mantenga y funcione acorde con los principios y procedimientos legales, sino que además instruye a los ciudadanos en el conocimiento de los mecanismos institucionales para que éstos puedan remediar los abusos del poder. Este recorrido por el conocimiento y desarrollo de la institución nos permitió visualizar la importante labor que su implementación ha significado para el país. Por sobre todo es necesario reconocer que su adopción ha mostrado un cambio de actitud y un incremento en la participación ciudadana con respecto a la manera de afrontar sus problemas y de canalizar sus esfuerzos para conseguir la defensa de sus derechos. Confiamos en que la continuidad y la eficacia mostrada sea un acercamiento hacia el reto que quizás no a muy largo plazo pueda consolidar, la más ardua labor que se le ha encomendado a la Defensoría, con el fin de conseguir un Estado de Derecho más equitativo y un verdadero bienestar general de la sociedad.

Finalmente, creemos que la labor sobre todo de difusión de las experiencias alcanzadas por la Defensoría no estaría completa si no se la comparte y discute también a nivel internacional con otros organismos afines, de la región y a nivel mundial. Los procesos de globalización exigen no sólo que muchas de estas transformaciones sean llevadas a cabo conjunta y coordinadamente, sino también que de igual forma se armonicen las diferentes legislaciones nacionales y se implementen mayores medidas de control.

Bibliografía

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B.: *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995.
- ACOSTA, Alberto: *La Deuda Eterna*, Ansayos, Quito, 1990.
- ACOSTA, Alberto: *El proceso de "sucretización" en el Ecuador*, Alai, 2001-11-01.
- ÁLVAREZ DÍAZ, Raquel: citada por Álvaro GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, "El Defensor del Pueblo y su Impacto en España y América Latina", en Lorena GONZÁLEZ V. (comp.): *Antología básica en derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.
- ALCALÁ ZAMORA CASTILLO: "Notas relativas al concepto de Jurisdicción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1974.
- ALFONZO, Armando: "Los medios de comunicación social y la opinión pública: aliados imprescindibles del ombudsman", *El Cotidiano. Revista de la realidad mexicana actual*, n° 63, julio-agosto, 1994.
- ALZAGA, O.: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1979.
- AMSTAD, Eduard: *Der Ombudsman der Privatversicherung*, Peter Lang, Berna-Zúrich, 1989.
- ANDERSON, Stanley: *Ombudsman papers: American experience and proposals*, Institute of Governmental Studies, University of California, Berkley, 1969.
- ARCHIVO MUNICIPAL DE QUITO: *Colección de Cédulas Reales 1563-1645*, t. I, vol. IX, Publicaciones del Archivo Municipal, Quito, 1935.
- ASTARLOA VILLENA, Francisco: "Una introducción al estudio del Defensor del Pueblo", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 2, Departamento de Derecho Constitucional, Universitat de València, 1993.
- ATTALI, Jacques, y Marc GUILLAUME: *L' Anti-économique*, "Quadrige", Presses Universitaires de France, París, 1990.
- BALLARD, Ricardo: *El Ombudsman Parlamentario de la Administración*, 1982.
- BARROSO LEITE, Celso: Ponencia presentada ante el Primer Simposium Latinoamericano del Ombudsman, mimeo, Buenos Aires, 1985.
- BENTELE, Elisabeth: "Positive Erfahrungen mit eigener Ombudsfrau", en *Sparkasse*, n° 10, 1995.
- BERNARD, Frank: "The Ombudsman and Human Rights Revisited", en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, Faculty of Law, Tel Aviv University, Tel Aviv, 1976.
- BEXELIUS, en Donald ROWAT: *El Ombudsman, Defensor de los Ciudadanos*, México, 1973.
- BONNETT, Diana: *El Protector de Naturales en la Audiencia de Quito, siglos XVII y XVIII*, Serie Tesis, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, Abya Yala, Cayambe (Ecuador), 1992.

- BOQUERA, José María: *Derecho administrativo y socialización*, Estudios Administrativos, Madrid, 1965.
- BRICEÑO VIVAS, Gustavo: *Un Ombudsman para la Democracia*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995.
- BRUNNER, Georg: *Kontrolle in Deutschland*, Colonia, 1972.
- CABANELLAS, G., y L. ALCALÁ ZAMORA: *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 14ª ed., Eliasta, Buenos Aires, 1979.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio: "Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario de Escandinavia", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n° 42, septiembre-diciembre de 1961.
- CAIDEN, Gerald E. (ed.): *International Handbook of the Ombudsman. Evolution and Present Function*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1983.
- CAMARGO E GOMES, Manuel Eduardo: "Do Instituto do Ombudsman á Constituição das Ouvidorias públicas no Brasil", en Rubens PONTO LARA, *A Ouvidoria na Esfera Publica Brasileira*, Editora Universitaria da UFPR, Curitiba, 2000.
- CARPIZO, Jorge: *Derechos humanos y Ombudsman*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, n° 147, México, 1993.
- CHOMSKY, Noam: *Política y cultura a fines del siglo XX*, Ariel, s/a.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Defensoría del Pueblo: análisis comparado*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, PROJUSTICIA: *La Defensoría del Pueblo en el Ecuador: retos y posibilidades*, Quito, 1998.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: *El Ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, CNDH, México, 1993.
- The Constitution of Sweden*, an official English translation by Sarah V. Thorelli, 1954.
- CÓRDOVA TRIVIÑO, Jaime: *El Defensor del Pueblo*, Gustavo Ibáñez, Colombia, 1992.
- CÓRDOVA TRIVIÑO, Jaime: *El Defensor del Pueblo y los derechos humanos*, Colombia, 1994.
- CÓRDOVA TRIVIÑO, Jaime: *Cartas del Defensor*, Colombia, 1994.
- DE BLAS GUERRERO, Andrés, y Ramón GARCÍA COTARELO: *Teoría del Estado*, UNED, 6ª reimp., Madrid, 2000.
- DE SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan: *Política Indiana*, tomos I-V, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1972.
- DEB, H. C.: Vol. 666, Col. 1124, citado por: Frank STACEY: *Ombudsmen Compared*, Oxford, 1978.
- DIE BANK: "Verfahrensordnung für den Ombudsmann", en *Die Bank. Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis*, n° 3, 1992.
- DIE BANK: "Ein Jahr Ombudsmann der privaten Banken", en *Die Bank. Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis, Kurzinformationen*, n° 10, 1993.
- ELLIS, B.: "Ombudsman Whose interests do they represent?", *Solicitors Journal*, Londres, 1992.
- ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (reproducción total de la edición de Madrid), Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca, 1985.
- ESPINOSA SORIANO, Waldemar: *La destrucción del imperio de los incas: la rivalidad política y señorial de los curacazgos andinos*, Lima, 1973.
- ESTEVA, Eduardo: "Compatibilidad del establecimiento del Ombudsman en el sistema constitucional uruguayo", en *Revista Uruguay del Derecho Constitucional*, Montevideo, octubre-noviembre de 1985.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El Defensor del Pueblo-Ombudsman*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

- FIERRO, Luis: *Los grupos financieros del Ecuador*, Quito, 1987.
- FIERRO, Luis: *Revista Gestión*, n° 445, marzo de 1998.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: "Garantía de los derechos. Control judicial, Amparo, Ombudsman La protección jurídica de los derechos humanos en Latinoamérica: habeas corpus, amparo y Ombudsman", en *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV, Civitas, Madrid, 1993.
- FORTHOF, Ernst: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Múnich, 1973.
- FORTHOF, Ernst: *Rechtsstaat im Wandel: verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2ª ed., Beck, Múnich, 1976.
- FRANK, Bernard: "The Ombudsman and Human Rights Revised", en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 6, Faculty of Law, Tel Aviv University, Tel Aviv, 1976.
- FRANKE, Markus: *Ein Ombudsman für Deutschland?*, Fráncfort del Main, 1999.
- FUNDACIÓN JOSÉ PERALTA, *Ecuador: su realidad*, 7ª ed. actualizada, Artes Gráficas Silva, Quito, 1999.
- GALLEGO HUÉSCAR, Carlos, y Carlos GARCÍA SOLÉ: *El Defensor del Pueblo (competencias, procedimientos y derecho comparado)*, "Instrucción para el Ombudsman sueco", 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Revolución Francesa y administración contemporánea*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1994.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: *Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala. El habeas corpus*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos, Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1991.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario y Edmundo VÁZQUEZ MARTÍNEZ: *Constitución y orden democrático*, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1984.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.
- GARRONE, José Alberto: *Diccionario jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
- GELLHORN, Walter: *Citizens' protectors in nine countries*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1966.
- GELLHORN, Walter: *When Americans complain, Governmental Grievance Procedures*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1966.
- GIL ROBLES, Álvaro: *El Defensor del Pueblo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979.
- GIL ROBLES, Álvaro: "El Defensor del Pueblo y su Impacto en España y América Latina" en: *Antología Básica en Derechos Humanos*, compilado por Lorena González v., IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.
- GIL ROBLES Y GIL DELGADO, Álvaro: "El Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional", en *Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Universidad Autónoma de Centroamérica, Colegio Santo Tomás de Aquino, s/a.
- GONZÁLEZ PARALES, Enrique Alexis: *El Defensor del Pueblo en Colombia*, mimeo, s/f.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: "Defensa del ciudadano contra los actos del Poder Legislativo: el control de la constitucionalidad de las leyes", ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Judicial y recogida en la publicación realizada al efecto por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, *Actualidad administrativa*, n° 17, 21-27 de abril de 1986, Editora General de Derecho, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ SUÁREZ, Federico: *Historia general del Ecuador*, tomo III, Daniel Cadena A., Quito, 1931.
- GRANJA GALINDO, Nicolás: *Fundamentos del derecho administrativo*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1984.
- GROPPI, Tania: "Ombudsman pubblico, privato, bancario: dalla Svezia del 1809 all'Italia del 1994", *Bancaria*, n° 5, 1994.

- GWYN, W. B.: "The British P.C.A.: Ombudsman or Ombudsmouse?", *Journal of Politics*, n° 35, 1973.
- HALEY, Bernard F.: *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*, Madrid, 1979.
- HAYNES, Jeff (ed.): *Toward Sustainable Democracy in the Third World*, Antony Rowe, Gran Bretaña, 2001.
- HELLER, Hermann: *Gesammelte Schriften*, 1ª ed., Sijthof, Leiden, 1971.
- HELLNER, Thorwald: "Bankenverband beschließt Ombudsmannsystem", *Die Bank. Zeitschrift für Bankpolitik und Bankpraxis*, n° 12, 1991.
- MARCOS HOCHMAN, Issac: *La evolución de la institución del Ombudsman en América Latina*, Instituto Latinoamericano el Ombudsman - Defensor del Pueblo, 1995.
- HURTADO, Osvaldo: *El poder político en el Ecuador*, Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1977.
- HORSKOTTE, Herman: *Data Protection in Germany*, In Press, Bonn, 1992.
- IGLESIAS, Juan: *Derecho romano*, 7ª ed., Ariel, Barcelona, 1977.
- JONES, Arlene, *El Ombudsman, contralor jurídico de la democracia*, 1983.
- KAJEMBO, Ibrahim: "Helping people facilitate the attainment of fairness and justice by government", en Linda C. REIF (ed.), *The International Ombudsman Yearbook*, vol. 2, International Ombudsman Institute, La Haya-Boston-Londres, 1998,
- KÄSTARI, en DONALD ROWAT: *El Ombudsman, defensor de los ciudadanos*, México, 1973.
- KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, mimeo.
- KELSEN, Hans: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck der Zweiten Umgearbeiteten Auflage von 1929, Scientia Verlag Aalen, Tübinga, 1963.
- KEYNES, John Maynard: *Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes*, 7ª ed., Duncker & Humboldt, 1994.
- LABOUR PARTY: *Let's Go with Labour for a New Britain. Manifesto for the 1964 General Election*, Labour Party, 1964.
- LOVATO, Juan I.: *Principios constitucionales de derecho procesal ecuatoriano*, Casa de la Cultura, Quito, 1960.
- LUHMAN, Niklas: *Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 1ª ed., Westdt Verlag, Opladen, 1970.
- MADRAZO CUELLAR, Jorge: "El derecho al desarrollo como derecho humano", en *Temas y tópicos de derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.
- MADRAZO, Jorge: *El Ombudsman criollo*, Academia Mexicana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF, 1996.
- MADRAZO, Jorge: "The Challenges facing the Ombudsman", mimeo, s/f.
- MAINWARING, Scott: "Democratic Survivability in Latin America", en *Democracy and its Limits: Lessons from Asia, Latin America, and the Middle East*, Howard HANDLEMAN y Mark TESSLER (eds.), University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1999.
- MARSHAL, en Donald ROWAT: *El Ombudsman, defensor de los ciudadanos*, México, 1973.
- MATZ, John: *Ecuador, Conflicting Political Culture and the Quest for Progress*, Boston, Allyn and Bacon, 1972.
- MATTHES, Hagen: *Der Bürgerbeauftragte, eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des Ombudsmann-Modells in Rheinland-Pfalz*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 389, Duncker & Humblot, Berlin-Deutschland, 1981.
- MORA, Alfonso María: *La Conquista española juzgada jurídica y sociológicamente*, Imprenta Municipal, Quito, 1943.
- MOREANO, Alejandro, y otros: *Reforma del Estado*, Fundación José Peralta CDS, Quito, 1993.

- MORENO YÁNEZ, Segundo: *Sublevaciones indígenas en la Audiencia de Quito desde comienzos del siglo XVIII hasta finales de la Colonia*, PUCE, Quito, 1978.
- MORRIS, P. E.: "The Banking Ombudsman", *Journal of Business Law*, Londres, 1987.
- MUÑOZ Q., Hugo Alfonso, y CARLOS RIVERA B.: "El Ombudsman (posibilidades de incorporarlo en Costa Rica)", en *Revista Jurídica de Costa Rica*, n° 10, diciembre de 1978.
- NAPIONE, Giovanni: *L'Ombudsman, el controllo della pubblica amministrazione*, Guiffre, Varese, 1969.
- OJEDA SALDIVAR, Esteban: *El Ombudsman o el Defensor del Pueblo*, Imexco, Asunción, 1992.
- ORTOLÁN, M.: *La clave del derecho. Síntesis del derecho romano*, Sevilla, 1845.
- ORTOLÁN, M.: *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, tomo I, Madrid, 1884.
- OS, Audvar, en DONALD ROWAT, *El Ombudsman, defensor de los ciudadanos*, México, 1973.
- OVALLÉ FAVELA, José: "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", en *Estudios de Derecho Procesal*, UNAM, México, 1981.
- PEREDES, Pablo Lucio: *El libro de la dolarización. Lo que todos deben saber*, Megagraph, Quito, 2000.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; CARLOS GRANADOS PÉREZ y otros: "Defensor del Pueblo y Administración de Justicia (la supervisión de la Administración de Justicia)", en *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, jornadas celebradas los días 14 y 15 de enero de 1992, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo, Madrid, 1992.
- PARSCH, Leo: "Zwei Jahre Ombudsmannverfahren", en *Die Bank*, n° 8, 1994.
- PEDERSEN, en DONALD ROWAT, *El Ombudsman, defensor de los ciudadanos*, México, 1973.
- PELLÓN RIVERO, R.: *El Defensor del Pueblo*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982.
- PÉREZ CALVO, Alberto: "Aspectos Constitucionales del Defensor del Pueblo", *Revista del Departamento de Derecho Político*, n° 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, otoño 1979.
- PIERUCCI, Andrea: "Le Médiateur Européen", en *La Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 372, 1993.
- PRITZL, Rupert F. J.: *Corrupción y rentismo en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung y CIEDLA, Buenos Aires, 2000.
- QUESTIAUX, Nicole, en DONALD ROWAT: *El Ombudsman, defensor de los ciudadanos*, México, 1973.
- QUINZIO F., Jorge Mario: *El Ombudsman: el Defensor del Pueblo*, Jurídica de Colección Cartillas Jurídicas, Santiago, 1992.
- QUINTANO RIPOLLAS, Antonio: *Enciclopedia jurídica*, tomo II, Barcelona, 1993.
- QUINTERO, Rafael: *El mito del populismo en el Ecuador*, FLACSO, Quito, 1980.
- RAWLINGS, Philip y Willett: "Ombudsman Schemes in the United Kingdom's Financial Sector: The Insurance Ombudsman, the Banking Ombudsman, and the Building Societies Ombudsman", *Journal of Consumer Policy*, vol. 17, n° 3, 1994.
- REDEKER, Konrad: "Notwendigkeit und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten von Parlamentsbeauftragten in Deutschland", *NJW-Neue Juristische Wochenschrift*, 1967.
- ROCCATTI, Mirelle: *Los derechos humanos y la experiencia del Ombudsman en México*, Corporación Editorial Mac, México, 1995.
- ROJAS, Enrique: "El ombudsman, protector de ciudadanos frente a la administración pública y vigilancia de las libertades públicas", *Revista de Ciencias Jurídicas, Ensayos comparativos*, n° 30, San José (Costa Rica), septiembre-diciembre de 1976.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio (dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo Español y ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

- ROWAT, Donald C.: *El Ombudsman, el defensor ciudadano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
- ROWAT, Donald C.: *The Ombudsman Plan. Essay on the Worldwide Spread of an Idea*, McClelland and Stewart, 1973.
- RUIZ GIMÉNEZ, Joaquín: "El papel del Defensor del Pueblo en la protección de los consumidores y usuarios", en *Estudios Sobre Consumo*, n° 13, abril de 1988.
- SANTAMARÍA, Pastor: "Tributación, régimen foral e igualdad ante la Ley", *Revista de Administración Pública*, n° 70, 1972.
- SCHICK, Rupert, y Wolfgang ZEH: *So arbeitet der deutsche Bundestag*, 5ª ed., Rheinbreitbach Deutschland, NDV Neue Darmstädter Verlagsanstalt, 1991.
- SCHMID, Werner: *Der Ombudsmann in Kanada, Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, n° 485, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1976.
- SERRANO PÉREZ, Wladimir: *Democracia, derecho y defensa de la Amazonía*, CEDECO.
- SPALDING, Karen W.: *De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú Colonial*, Lima, 1974.
- STACEY, Frank: *Ombudsman compared*, Clarendon Press, Oxford (Reino Unido), 1978.
- STIGLITZ, Ruben y Gabriela: *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- STRAVENHAGEN, Rodolfo: *Las clases sociales en las sociedades agrarias*, Siglo XXI, México, 1975.
- TOBAR DONOSO, Julio: *Las Instituciones en el período hispánico, especialmente en la Presidencia de Quito*, Ecuatoriana, Quito, 1974.
- TORANZO ROCA, Carlos F.: *Ombudsman, democracia y derechos humanos. Capítulo bolivariano del Ombudsman*, Publicidad Arte Producciones, La Paz, 1991.
- TORRES DEL MORAL, Antonio: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991.
- TRUJILLO, Julio César: *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de derecho constitucional*, Serie Estudios Jurídicos vol. 8, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.
- UMOZURIKE, U. O.: *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, Martinus Nijhoff: Dordrecht. 1997.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín: "Naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 8, V-VII, 1983.
- VEGA ROBERT, Rolando: *Ombudsman, el defensor de los habitantes*, IJSA Investigaciones Jurídicas, San José, 1993.
- WEBER, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, 5ª ed., Tubinga, 1972.
- WEBER, W.: "Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem", en H. RAUCH (ed.), *Zur heutigen Problematik der Gegalgentrennung*, Darmstadt, 1969.
- WHITEHEAD, Laurence: "International Aspects of Democratization", en Guillermo O'DONNELL (ed.), *Transitions from Authoritarian Rule: Prospect for Democracy*, 3ª parte, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1986.
- WILD, Eberhard: *Der Ombudsman in Deutschland*, Würzburg, 1970.
- WOLF, Hans Julius, y Otto BACHOF: *Verwaltungsrecht I*, Studienbuch, 9ª ed., Múnich, 1974.
- WYNER, Alan J. (ed.): *Executive Ombudsmen in the United States*, California University, Institute of Governmental Studies, Santa Barbara, 1973.
- ZAGORIA, Sam: *The Ombudsman. How good governments handle citizen's grievances*, Seven Locks Press, Washington, DC, 1988.

Páginas electrónicas

www.agd.gov.ec
www.alfa-redi.org
www.bce.gov.ec
www.cidh.oas.org
www.codehuca.or
www.conaie.org
www.defensor.cl
www.defensordelpueblo.es
www.defensoria.org.co
www.euro-ombudsman.eu
www.fio.org
www.georgetown.edu
www.iess.gob.ec
www.inec.gob.ec
www.hoy.com
www.humanrights.org
www.law.ualberta.ca
www.oea.org
www.ops.org
www.onu.org
www.projusticia.org
www.unesco.org
www.un.org
www.utopia.pcn.net
www.vistazo.com
www.who.org

Códigos, leyes, estatutos, publicaciones oficiales e informes

Alemania

BDGS Bundesdatenschutzgesetz, 20.12.90.

Beauftragte der Bundesregierung für die Belange der Ausländer: Bericht des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Ausländer, Bonn, 1995.

Bundesbeauftragte für den Datenschutz (Dr. Joachim Jacob), Tätigkeitsbericht 1993-1994 -15. Tätigkeitsbericht, Bonn, 1994.

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland -GG: I. Die Grundrechte. (Constitución de la República Federal Alemana).

Deutscher Bundestag, Bericht 1996 des Petitionsausschusses: Die Tätigkeit des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages.

Gesetz über den Wehrbeauftragter des Bundestages 20.12.93.

Landesgesetz über den Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz, 03.05.74.

BID

Inter-American Development Bank, Economic and Social Progress in Latin America, 1991 Report, Washington, D.C., IDB, 1991.

Canadá

Association of Canadian College and University Obudsperson (ACCUO/AOUCC): Constitution of the Association of Canadian College and University Obudsperson passed at the Annual General Meeting 10 June 1990, Québec, Québec, amended 17 May 1996, St. Lois, Missouri.

Centre for Ombudsman Studies

Centre for Ombudsman Studies, University of Reading: Report March 1998, Reading, 1998.

Colombia

Defensoría del Pueblo, Ley 1992, Imprenta Nacional de Colombia, 1992.

Defensoría del Pueblo de Colombia, Cuarto Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Informe Anual de 1997, Colombia, 1997.

Costa Rica

Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 1994, San José-Costa Rica, 1995.

La Ley de Protección y Defensa del Consumidor del 28 de febrero de 1975 con reformas de 22 de septiembre de 1982.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica de 27 de septiembre de 1982.

Dinamarca

Constitución Danesa

Ecuador

Congreso Nacional del Ecuador, Acta No.27, 20 de enero de 1997: Segundo Debate del Proyecto de Ley de Defensoría del Pueblo.

Constitución Política de la República del Ecuador, Actualizada a diciembre de 1999, Cooperación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999.

- Código Civil, Actualizado a abril de 1998, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998.
- Código de Procedimiento Civil, Actualizado a abril de 1998, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998.
- Código de Procedimiento Penal, Actualizada a febrero de 2001, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001.
- Código Penal, Actualizado a marzo de 2001, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador, Primer Informe del Defensor del Pueblo al Honorable Congreso Nacional del Ecuador 1998-1999, Quito, 2000.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador, El Defensor –Órgano de Difusión.
- Informe del Grupo de Análisis sobre Proyecto de Ley de Defensoría del Pueblo, Propuestas Concretas acogidas por la Comisión. 16 de octubre de 1996.
- Ley de Control Constitucional, Actualizada a marzo de 1998, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998.
- Ley de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, R.O No.70 del 23 de mayo de 1997.
- Ley de Defensa del Consumidor.
- Ley de Elecciones No. 59 - 1986. / 12 de Diciembre de 1986.
- Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Registro Oficial No. 7, Jueves 20 de febrero de 1997.
- Ley Orgánica de la Función Judicial, (RO 636: 11-sep-74).
- Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, preparado por las organizaciones de Derechos Humanos, conjuntamente con otras organizaciones de la sociedad ecuatoriana, Quito, 6 de septiembre de 1996.
- Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo preparado por el Dr. Marco Proaño Maya.
- Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo preparado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, septiembre 18 de 1996.
- Reformas a la Constitución Política de la República, Registro Oficial No.863, 16 de enero de 1996.
- Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo del Ecuador.

España

- Boletín de Legislación extranjera de las Cortes Españolas. No. 178, IV-VI de 1969.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales -Congreso de los Diputados-, No. 30, Junio 20 de 1979.
- Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- Defensor del Pueblo, Informe a las Cortes Generales del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2001, Boletín Oficial de las Cortes Generales VII Legislatura, Núm 316, Madrid, 11 de junio de 2002
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, modificada por las Leyes Orgánicas 8/1984, de 26 de Diciembre; 4/1985, 7 de Junio y 6/1988, de 9 de Junio, (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979; núm 311, de 28 de diciembre de 1984; núm 137, de 8 de junio de 1985 y núm 140, de 11 de junio de 1988).
- Ley Orgánica 3/1981, de 6 de Abril, del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de Marzo, (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1981 y núm. 57, de 6 de marzo de 1992.

Europa

Consejo de la Unión Europea, Decisión del Consejo 94/114/CECA, CE, EURATOM, de 7 de febrero de 1994.

Defensor del Pueblo Europeo, Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, DOCE, Serie C, núm. 191, de 29 de julio de 1992.

Europäische Kommission, Leitfaden für den europäischen Verbraucher im Binnenmarkt, Brüssel, 1995.

Instituto Europeo del Ombudsman (EOI), Estatutos en la redacción de 1994 06 03.

Parlamento Europeo Reglamento (DOCE, Serie L, núm. 293, de 7 de diciembre de 1995).

Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos, (FIO)

Memoria II Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Madrid, 1997.

Finlandia

Finland Constitution.

Francia

Loi numéro 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur.

Loi numéro 76-1211 du 24 décembre 1976 complétant la loi numéro 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur.

Rapport annuel du Médiateur (1975).

Guatemala

Constitución de la República de Guatemala de 1985, Arts. 273,174 y 275.

Haití

Constitución de la República de Haití

Inglaterra

British and Irish Ombudsman Association, Rules and Criteria: 2. Objects, (approved at Annual General Meeting on 14 May 1997).

Building Societies Ombudsman: Annual report 1992-93, London, Building Societies Ombudsman, 1993.

Insurance Ombudsman Bureau: Insurance Ombudsman Bureau Annual Report for 1992, London, 1992.

Law Commission (1980). Insurance Law, Non-disclosure and breach of warranty, London: Her Majesty's Stationery Office, Report 104, command 8064, 1980.

Ley Orgánica del Comisionado Parlamentario Británico de 1967.

National Consumer Council: Banking services and the consumer, National Consumer Council, London, 1983.

National Consumer Council: Ombudsman services. Consumers' views of the Office of the Building Societies Ombudsmen and the Insurance Ombudsman Bureau, National Consumer Council, London, 1993.

Office of Banking Ombudsman: Annual report for 1991-1992, Office of the Banking Ombudsman, London, 1992.

The Parliamentary Commissioner Act, 1967.

International Commision of Jurist

International Commision of Jurist, The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age, Report on the Proceedings of the South-East Asian and Pacific Conference of Jurist, Bangkok 1965.

International Ombudsman Institute (IOI)

International Ombudsman Institute (I.O.I.), VI Congreso Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman, 20-24 de octubre de 1996, mimeo, Buenos Aires-Argentina, 1996.

México

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 'Octavo Informe de Labores de la CDHDF' en: *Gaceta*, No. 10, Año VIII, Octubre de 2001

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Ombudsman Judicial, Perspectivas Internacionales*, CNDH, México, 1993.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República Mexicana.

Ley Orgánica y Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de 29 de julio de 1992, reimpresión del Decreto Constitucional; Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993.

Ley Orgánica Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal del 23 de junio de 1993.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) 12 de noviembre de 1992.

Noruega

Ley de Prácticas de Comercialización Noruega de 1972.

ONU

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de los tratados. HRI/GEN/1, del 4 de septiembre de 1992.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), 183 Asamblea General de la ONU.

Informe Sobre Desarrollo Humano 1996, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Parlamento Europeo

Decisión 94/262 del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 1994, sobre el estatuto y las condiciones generales del ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo, DO L 113/94.

Portugal

Carta Democrática de Portugal de 25 de abril de 1976 y posteriormente reformada el 24 de septiembre de 1982.

Suecia

Constitución Sueca.

Código Penal Sueco.

Informe Anual del Ombudsman Sueco al Parlamento, 1975.

Ley de Comercialización de 1975.

Unión Europea:

Comisión de Peticiones, Informe en el Ejercicio Parlamentario 1995-1996.

El Defensor del Pueblo Europeo, Informe Anual 1996.

Unión Europea. Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las Condiciones generales del Ejercicio de sus Funciones, Decisión del Parlamento Europeo 94/262/CECA, CE, EURATOM, de 9 de marzo de 1994, (Doce, Serie L, núm. 113, de 4 de mayo de 1994).

University of California

University of California, Irvine: University Ombudsman (UCI-Ombudsman), December 1994.

Apéndices

Apéndice n° 1

Recomendación 757 (1975) relativa a las conclusiones de la reunión de la Comisión de Cuestiones Jurídicas de la Asamblea con los Ombudsmen y los Comisarios Parlamentarios en los Estados miembros del Consejo de Europa (París, 18-19 de abril de 1974)

La Asamblea,

1. Felicitándose por la reunión que su Comisión de Cuestiones Jurídicas ha celebrado con los *Ombudsmen* y comisarios parlamentarios de los Estados miembros del Consejo de Europa (París, 18-19 de abril de 1974);
2. Considerando que el *Ombudsman*, el comisario parlamentario o el mediador realiza una doble función de importancia primordial: proteger a los particulares de los abusos de las administraciones públicas y, más ampliamente, mejorar estas administraciones;
3. Consciente de que en este momento los poderes públicos reglamentan aspectos cada vez más numerosos de la vida de los hombres;
4. Considerando que los Estados se han hecho responsables de la salvaguardia de los derechos y de las libertades fundamentales del hombre, pero que la invasión de la vida privada del individuo por parte de los poderes públicos puede constituir un atentado contra estos mismos derechos y libertades;
5. Considerando, además, que las formas usuales del control judicial no siempre permiten reaccionar con una rapidez y eficacia suficientes en todos los aspectos y en todos los repliegues de la administración moderna;
6. Convencida de la necesidad de una garantía adicional, más sencilla, más rápida, menos onerosa y más flexible en su funcionamiento que las vías de recurso judicial actuales;
7. Estimando que esta garantía puede darla un *Ombudsman* o un comisario parlamentario;

8. Convencida igualmente de que, por la información y la asistencia que ofrece al parlamento, el *Ombudsman* contribuye a reforzar el control parlamentario sobre el ejecutivo;
9. Felicitándose por la notable extensión de la institución del *Ombudsman* y el comisario parlamentario, tanto en el ámbito nacional como local, que se ha producido en estos últimos años en Europa;
10. Recomienda al Comité de Ministros que invite a los gobiernos de los Estados miembros que todavía no han adoptado esta institución que estudien la posibilidad de designar tanto en el ámbito nacional como en el ámbito regional y/o local, personas que asuman funciones correspondientes a las de los *Ombudsmen* y comisarios parlamentarios existentes.

Apéndice n° 2

Cronología de aparición del Ombudsman o Defensor del Pueblo¹

Suecia	1809 ²
Finlandia	1919 ³
Dinamarca	1948 ⁴
Noruega	1962 ⁵
Nueva Zelanda	1962
Inglaterra	1967
Irlanda del Norte	1969
Israel	1971 ⁶
Francia	1973
Italia	1974
Portugal	1975
Alemania	1975 ⁷
Puerto Rico	1977
Austria	1977
España	1978
Holanda	1981
Guatemala	1985
Suiza	1988
El Salvador	1991
Colombia	1991
Rumania	1991
Honduras	1992
Paraguay	1992
Costa Rica	1992
Brasil	1993
Perú	1993
México	1992 ⁸
Argentina	1993 ⁹
Eslovenia	1993
Bolivia	1994
Bélgica	1995
Malta	1995
Nicaragua	1996
Panamá	1997 ¹⁰
Ecuador	1998
Venezuela	1999
Belice	1999
República Dominicana	2001
Defensor del Pueblo Europeo	1994

1 Constan todos los países de los cuales nos ha sido posible conseguir información.

2 Los primeros antecedentes del Canciller de Justicia datan de 1713.

3 La figura del Canciller de Justicia data de 1812.

4 Sus antecedentes se remontan a la Constitución de 1853.

5 El primer Ombudsman de las Fuerzas Armadas data de 1952.

6 La ley fundacional de 18 de mayo de 1949 proyectó la creación de un controlador del Estado.

7 Se nombra el Comité de Peticiones; en 1959 se nombró al Comisionado para Asuntos Militares.

8 Igual que en otros países latinoamericanos, la Procuraduría es el antecedente de la Defensoría.

9 Ya en la década de los años ochenta aparecen los primeros defensores municipales y provinciales.

10 En 1990 se conoce ya el Ombudsman de la Comisión del Canal.

Apéndice nº 3

Defensor del Pueblo Europeo, Informe 2001

(208 investigaciones iniciadas: 204 reclamaciones admisibles y 4 investigaciones por propia iniciativa)

Instituciones y órganos objeto de investigación

Comisión Europea	179	(77%)
Parlamento Europeo	16	(7%)
Consejo de la Unión Europea	5	(2%)
Otros	33	(14%)
Tribunal de Justicia	4	
Fundación Europea para la Formación	1	
Agencia Europea para la Salud y el Trabajo	1	
EUR-OP	1	
Banco Europeo de Inversiones	4	
Banco Central Europeo	1	
Tribunal de Cuentas Europeo	1	
Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea	1	
Comité de las Regiones	3	
Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional	1	
Observatorio Europeo para las Drogas y Toxicomanía	2	
Comité Económico y Social para la Comunidad Europea	2	
EUROPOL	3	
Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo	2	
Agencia Europea de Medio Ambiente	1	
Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos	1	
Oficina de Armonización del Mercado Interior	1	
Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales	1	
Observatorio Europeo de Fenómenos Racistas y Xenofobios	2	

Apéndice n° 4

Defensor del Pueblo Europeo Tipo de mala administración imputada, 2001¹¹

Ausencia o denegación de información, falta de transparencia	84 (29%)
Demora injustificada	30 (13%)
Discriminación	19 (7%)
Agravio corporativo, abuso del poder	30 (10%)
Errores procedimentales, vulneraciones del derecho de defensa	32 (11%)
Error jurídico	10 (7%)
Negligencia	32 (11%)
Omisión garantía del cumplimiento de obligaciones (artículo 226)	3 (1%)
Otros casos de mala administración	30 (10%)

11 En algunos casos se alegan dos tipos de mala administración.

Apéndice nº 5

Defensor del Pueblo Europeo 2001 Procedencia geográfica de las reclamaciones

País	Número de reclamaciones	Porcentaje de reclamaciones	Porcentaje de la población europea
Alemania	323	17%	21,9%
Reino Unido	112	6%	15,7%
Francia	234	12%	16,6%
Italia	189	10%	15,4%
España	259	14%	10,6%
Países Bajos	80	4%	4,1%
Grecia	57	3%	2,8%
Bélgica	153	8%	2,7%
Portugal	78	4%	2,6%
Suecia	56	3%	2,6%
Austria	34	2%	2,1%
Dinamarca	19	1%	1,4%
Finlandia	85	5%	1,3%
Irlanda	36	2%	0,9%
Luxemburgo	32	2%	0,1%
Otros	132	7%	

Apéndice n° 6

Defensor del Pueblo Europeo Acceso a las listas de asistencia de los diputados al PE Decisión sobre la reclamación 26/13.07.95/MAJQCS/FR/FR contra el Parlamento Europeo

Reclamación

Tres periodistas de nacionalidad francesa presentaron una reclamación sobre el Parlamento Europeo, en la que declararon que el 13 de julio de 1995 manifestaron el deseo de consultar las listas de asistencia de los diputados al Parlamento Europeo, situadas en el exterior del hemiciclo donde el Parlamento celebra sus sesiones plenarias en Estrasburgo (los diputados al Parlamento deben firmar estas listas cuando entran al hemiciclo), y que los ujieres del Parlamento se opusieron a ello.

Los demandantes indicaron, en particular, que las listas se encontraban en un espacio totalmente abierto al público, sin ninguna restricción física, y que no había ninguna nota que indicara la prohibición de que el público consultara las listas. Además, especificaron que el público no sabía “a cuántos metros, decímetros o centímetros” de las listas se podía circular sin infringir dicha prohibición.

Investigación

El dictamen del Parlamento Europeo sobre la reclamación se comunicó a los demandantes quienes, seguidamente, formularon observaciones.

El Defensor del Pueblo Europeo solicitó informaciones complementarias al Parlamento. Teniendo en cuenta dichas informaciones, dos colaboradores de la Oficina del Defensor del Pueblo Europeo se reunieron con un representante del Parlamento Europeo. Tras esta reunión, el Defensor del Pueblo Europeo formuló una propuesta al Parlamento.

Las observaciones remitidas por el Parlamento pueden resumirse de la siguiente forma: las listas de asistencia son documentos internos destinados, entre otras cosas, a la administración del Parlamento para establecer las diferentes asignaciones a las que tienen derecho los diputados. El público no ha tenido nunca acceso a estas listas pero siempre ha tenido acceso a las listas definitivas que figuran en el acta de la sesión, que están disponibles al día siguiente.

Por otra parte, el público siempre ha tenido acceso a los nombres de los diputados que han participado en una votación nominal, muy a menudo, aproximadamente media hora después de la votación. Finalmente, el Parlamento observó que, anteriormente, las listas de asistencia en cuestión se encontraban dentro del hemiciclo. El único motivo por el que actualmente se encuentran en el exterior del hemiciclo reside en el hecho de que, tras las últimas adhesiones de Estados miembros a la Unión, no hay sitio para las listas dentro del hemiciclo. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Parlamento ha mantenido la prohibición de acceso a las listas. [...]

Decisión:

El Defensor del Pueblo Europeo señaló, en primer lugar, que a falta de una reglamentación general aprobada por el legislador comunitario relativa al acceso del público a los documentos de las instituciones corresponde a cada institución, en virtud de su poder de organización interna, dictar normas al respecto.

En segundo lugar, el valor informativo de la lista es muy limitado porque se refiere a la cuestión de la presencia de un diputado en el hemiciclo en un momento dado, ya que los diputados pueden entrar y salir del hemiciclo a su voluntad, sin tener que volver a firmar las listas en cuestión.

Sobre esta base, el Defensor del Pueblo ha constatado que el Parlamento, en virtud de su poder de organización interna, tiene la facultad de rechazar el acceso al público de las listas en cuestión y que dichas listas están destinadas, ante todo, a fines administrativos.

En caso que el Parlamento deseara que el público no consultara las listas en cuestión, el Defensor del Pueblo Europeo ha considerado que es inadecuado colocarlas en un lugar donde el público circula y donde es prácticamente imposible hacer respetar una prohibición de este tipo. Por este motivo, el Defensor del Pueblo Europeo ha propuesto que mientras las listas se encuentren fuera del hemiciclo, no deberá impedirse el acceso del público a dichas listas y que los ujieres del Parlamento, en caso necesario, podrían informar a las personas interesadas sobre las listas oficiales y las votaciones nominales mediante una nota elaborada a tal efecto.

En respuesta a esta propuesta, el Parlamento ha comunicado que el secretario general había pedido que se volviesen a colocar las listas dentro del hemiciclo y que en caso de que ello resultara imposible, se remitiera a las personas interesadas una nota escrita relativa a la información sobre la presencia de los diputados.

En razón del poder de organización interna del Parlamento y teniendo en consideración la medida que ha sido ya adoptada, el Defensor del Pueblo Europeo procedió al archivo del caso.¹²

12 El Defensor del Pueblo Europeo: *Informe Anual 1996*.

Apéndice n° 7

Características jurídicas del Defensor del Pueblo en el Derecho Comparado

País	Nombramiento	Requisito	Plazo	Acceso	Inmunidad y privilegios	Facultades	Otros
Suecia	El Parlamento elige cuatro defensores; el Comité Constitucional los nombra.	No hay disposiciones expresas. En la práctica son electas personas con altas calificaciones.	4 años reelegible.	Directo.	Puede ser enjuiciado por actividades realizadas en su calidad oficial después de que decidan el Comité o el Parlamento.	Monitorear las autoridades e instituciones estatales, municipales y otras que desempeñen funciones públicas, así como el desempeño imparcial del organismo judicial; vigilar los derechos y libertades de los ciudadanos, recriminación y crítica pública, proposición y cambios de ley.	Asistir deliberaciones de los tribunales pero no expresar su opinión; puede apelar un fallo de una Corte Superior, iniciar actuaciones disciplinarias y actuar como fiscal extraordinario.
Dinamarca	Parlamento danés (Folketinget).	Deberá tener una licenciatura de derecho.	4 años; puede ser reelegido, lo cual es deseable.	Directo.	No existe ninguna disposición sobre la inmunidad.	Supervisar a la Administración pública, incluidos ministros con autorización del Parlamento y excluidos los jueces, las autoridades municipales, la Iglesia nacional, las compañías bajo la ley administrativa. Recriminación y crítica pública, proposición y cambios de ley.	Acusar penalmente a funcionarios; asistir deliberaciones de los tribunales y consejos de ministros. Se le excluye hacerse cargo de quejas que competen a la Junta para Refugiados.
Alemania	El Parlamento (Bundestag) nombra a la Comisión de Peticiones.	No existen disposiciones.	4 años.	Directo.	No existen disposiciones.	Quejas contra el gobierno federal, autoridades federales e instituciones con funciones públicas sujetas a la ley básica; además autoridades constitucionales del Consejo Federal (Bundesrat), legislación federal y comunitaria de los Estados federales (Länder) en caso de que se refieran a leyes federales o comunitarias.	Coopera con las comisiones de peticiones de los estados federales.
Inglaterra	Su Majestad, en base a la asesoría del Gobierno, después de consultar con la oposición y el presidente del Comité Selecto sobre Administración Pública.	Ninguna disposición, pero son incompatibles los miembros de la Cámara de los Comunes o del Senado (más Irlanda del Norte).	Indefinido; fungirá en su cargo durante el período de buen comportamiento. Límite: 65 años.	Indirecto	Sus informes sobre las investigaciones de quejas presentadas son privilegiados absolutamente. No puede estar sujeto a acciones por difamación.	Investiga quejas contra los departamentos del gobierno central y los poderes públicos que la ley le permita. Excluye a policía, los jueces y autoridades locales, así como asuntos públicos escoceses o galeses. Atiende las quejas que recibe a través de los diputados.	Sus procedimientos están sujetos a revisión judicial, coexisten varios tipos de Ombudsman especiales con diversa jurisdicción y poder.

País	Nombramiento	Requisito	Plazo	Acceso	Inmunidad y privilegios	Facultades	Otros
Francia	Consejo de Ministros.	No se requiere una calificación específica.	6 años, no renovables.	Indirecto.	Goza de inviolabilidad, no podrá ser investigado legalmente, arrestado o enjuiciado debido a sus opiniones o los actos que lleve a cabo dentro del alcance de sus deberes.	Carece de facultades resolutorias, puede hacer cuantas recomendaciones crea convenientes para remediar una injusticia, inclusive indicando las modificaciones legales que estime necesarias introducir.	Función principal de mediar disputas entre los ciudadanos y cualquier autoridad investida con una misión de servicio público.
España	Cortes Generales; deberá ser aceptado por tres quintas partes de los miembros del Congreso y del Senado.	No se requiere un jurista; son incompatibles los afiliados y cargos políticos, directivos sindicales de asociaciones o fundaciones, carrera judicial, fiscal o cualquier otra actividad profesional.	5 años.	Directo.	Goza de inmunidad, no puede ser arrestado o enjuiciado por sus opiniones o actos propios de su gestión como tal.	Proteger los derechos y libertades fundamentales, supervisar las actividades de la Administración. Excluye la función judicial. Iniciar y proseguir investigaciones. No está facultado para modificar o anular sus resoluciones.	Puede interponer los recursos de inconstitucionalidad, de amparo y el procedimiento de hábeas corpus.
Portugal	Órgano del Estado elegido por mayoría de dos tercios del Parlamento.	Las mismas que para ser elegido parlamentario; sólida reputación.	4 años.	Directo.	No es responsable ni civil ni penalmente de las recomendaciones o actos que lleve a cabo en el ejercicio de sus funciones.	Control de la Administración; excluye a jueces; garante de los derechos individuales. Puede ordenar la publicación de las conclusiones alcanzadas en los procedimientos penales o disciplinarios. Además, es un órgano consultivo informal.	Cooperación con los órganos competentes de salvaguarda de los derechos ciudadanos; mediación entre querellantes y órganos de la Administración.
Israel	Presidente del Estado.	Son incompatibles las actividades políticas y directivas en cualquier negocio, comercio o profesión (podrá desempeñarlas luego de dos años de haber dejado el cargo).	5 años.	Directo.		Supervisar la Administración; velar por los derechos de los ciudadanos; amplio poder investigativo y de dar publicidad a sus actuaciones; magistratura de persuasión basada en el apoyo popular.	En el desempeño de sus funciones puede valerse de la asistencia de personas que no sean de su equipo de trabajo.
México	Senado de la República	Mexicano, por nacimiento. Son incompatibles otros cargos, empleos o comisiones públicos, privados y profesionales, excepto la actividad académica.	5 años más un período de reelección.	Directo.	El presidente de la Comisión y los visitadores generales no podrán ser detenidos ni sujetos a responsabilidad civil, penal o administrativa por opiniones o actos en el ejercicio de sus funciones.	Conocer quejas contra la Administración excepto Poder Judicial, violación de derechos humanos, informe anual al Congreso de la Unión y al titular del Poder Ejecutivo Federal; emitir recomendaciones públicas y propuestas respecto a derechos humanos.	No le competen autoridades electorales, jurisdiccionales, laborales y particulares; tampoco podrá conocer de consultas sobre interpretaciones de leyes. Propone la suscripción de convenios de derechos humanos.

País	Nombramiento	Requisito	Plazo	Acceso	Inmunidad y privilegios	Facultades	Otros
El Salvador	Asamblea legislativa por mayoría calificada de dos tercios.	Salvadoreño por nacimiento, trayectoria en el campo de los derechos humanos, moralidad notoria, seglar.	3 años, sin límite de reelección	Directo	Inamovible durante su mandato. Garantías y derechos, prerrogativas y seguridades necesarias.	Defensa de los derechos humanos, supervisión de la actuación de la Administración pública frente a las personas. Obligación de emitir informes y recomendaciones, así como participar con sus criterios en nuevos proyectos de ley.	Forma parte del Ministerio Público, puede interponer recursos judiciales y administrativos, proponer reformas legales y presentar proyectos de ley para la protección de los derechos humanos.
Colombia	Cámara de Representantes elige de la tema que presenta el presidente de la República.	Colombiano por nacimiento, abogado, 10 años en la rama judicial o en el Ministerio Público, ejerciendo la abogacía o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas.	4 años contados a partir del 1° de septiembre	Directo	En caso de ausencia definitiva del Presidente, procederá a encargar a un Defensor mientras la Cámara lo elige.	Promoción de los derechos humanos, monitoreo de las políticas públicas, interposición de acciones ante los tribunales. Se le reconoce la iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley.	Invocar el derecho de hábeas corpus e interponer las acciones de tutela. Ejerce sus funciones bajo la dirección suprema del procurador general de la Nación.
Perú	Congreso, con mayoría de dos tercios	Abogado, reconocida reputación de honradez e independencia.	5 años y una reelección	Directo	Los mismos que los congresistas.	Defender los derechos constitucionales y fundamentales, supervisar el cumplimiento de los deberes de la Administración estatal. Incluye el control de las fuerzas armadas y policiales, sin interferir en lo que es propio de estos mandos. Supervisa además los derechos de los usuarios y la adecuada prestación de los servicios públicos.	Ejercitar acción de inconstitucionalidad y recursos de amparo, hábeas corpus y hábeas data. Dispone de defensores especializados para el análisis y formulación de propuestas de áreas prioritarias como para formular políticas globales.
Argentina	Congreso de la Nación, con el voto de las dos terceras partes de cada una de las Cámaras.	Argentino nativo o por opción. No se requiere un jurista. Incompatible con el desempeño de otra actividad pública, comercial o profesional, a excepción de la docente, estándole vedada la actividad política partidaria.	5 años y una reelección.	Directo	Los mismos que los legisladores.	Proteger los intereses y los derechos de los ciudadanos y de la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración pública nacional, capacidad investigativa. Puede emitir sugerencias y recomendaciones y proponer al Legislativo modificación de normas injustas o perjudiciales.	Quedan exceptuados de su competencia los poderes Judicial y Legislativo, la municipalidad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad.

País	Nombramiento	Requisito	Plazo	Acceso	Inmunidad y privilegios	Facultades	Otros
Costa Rica	Asamblea Legislativa, por mayoría absoluta.	Costarricense, solvencia moral y profesional.	4 años y una reelección.	Directo	Ninguno.	Defensa de los derechos humanos, supervisión de la actuación de la Administración pública frente a las personas. Obligación de emitir informes y recomendaciones, así como participar con sus criterios en nuevos proyectos de ley.	Adscrita al Poder Legislativo pero desempeña funciones con independencia. Interposición de recursos.
Paraguay	Cámara de Diputados, con dos tercios de una terna que presenta el Senado de la República.	Paraguayo en pleno goce de los derechos civiles y políticos, los mismos requisitos que para ser diputado.	5 años, puede ser reelecto.	Directo	Las mismas inmunidades que los magistrados.	Facultad de investigar quejas contra todas las administraciones o autoridades policiales, defensa e indemnización de víctimas por violación de los derechos humanos, canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios.	Interponer hábeas corpus y solicitar amparo. Existe la posibilidad de crear defensores departamentales o municipales.
Ecuador	Congreso Nacional con el voto de dos terceras partes.	Doctor en Jurisprudencia o en Derecho.	5 años.	Directo	Las mismas que los legisladores.	Defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales; velar por el cumplimiento de los derechos humanos; observar la calidad de los servicios públicos. Puede intervenir como mediador de conflictos entre organizaciones populares y personas jurídicas, ser parte en asuntos relacionados con medio ambiente y patrimonio cultural.	Dispone de defensores especializados para el análisis y formulación de propuestas de áreas prioritarias como para formular políticas globales. Presentar ante el Tribunal Constitucional demanda de inconstitucionalidad, recursos de amparo, hábeas corpus y hábeas data.

Apéndice n° 8

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

Hay demora en la integración de las averiguaciones sobre tortura: **CDHDF**

Ricardo Olayo, La Jornada, 10 de octubre de 1997

La procuración de justicia no ha sido receptiva al rechazo que deben merecer los actos de tortura, indicó la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en un informe en que da cuenta de la dilación con que son integradas las averiguaciones previas por ese delito.

El texto señala que se ha iniciado una investigación en contra de **34 servidores públicos**, de los cuales once fueron consignados, mientras que los restantes 23 están en suspenso, porque la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal aún no resuelve si los envía a un juez penal o no.

En cuatro años de trabajo, la CDHDF ha emitido diez recomendaciones por tortura, de las cuales se ha derivado la **destitución de 16 funcionarios**. En total, la institución ha recibido 56 quejas, lo cual significa que, en cuanto a frecuencia de casos, ocupa el número 31.

De los once servidores públicos consignados, dos obtuvieron amparo contra el auto de formal prisión, tres están tras las rejas e igual número está prófugo, porque la Policía Judicial no ha cumplido la orden de aprehensión.

En otro caso, el juez negó la orden de aprehensión, por lo que el servidor público quedó exonerado, mientras tres están sentenciados por ser culpables de tortura; sin embargo, uno de ellos se amparó y otro está evadido de la acción de justicia.

En su cuarto informe de labores, Luis de la Barreda indica: “No puede soslayarse que las indagatorias por tortura se tramitan con una lentitud inexplicable y desesperante, no obstante que en las respectivas recomendaciones, sin excepción alguna, se aportaron evidencias sólidas y suficientes. Algún malpensado podría creer que al Ministerio Público no le corre prisa por consignar a los presuntos responsables”.

El Ombudsman subrayó que la tortura “es un grave atropello que se niega tercamente a desaparecer y aprovecha cualquier fisura jurídica o administrativa para colarse a hacer de las suyas”.

Precisamente por la persistencia del fenómeno, la CDHDF propuso a la PGJDF que colocara cámaras de video en las oficinas de la Policía Judicial, en Arcos de Belén, donde se realizan los interrogatorios. Estas cámaras ya funcionan, aunque nada se ha informado sobre el ofrecimiento de la Subprocu-

raduría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de que haya cámaras en todas las oficinas delegacionales de la Policía Judicial.

Las autoridades a las que se ha enviado recomendaciones son la Secretaría de Seguridad Pública (dos); la Procuraduría (tres) y la Dirección General de Reclusorios. Una de ellas fue turnada a las dos últimas dependencias.

Uno de los casos de dilación en la investigación de los hechos se desprende de la recomendación 6/94, que fue turnada a la Procuraduría General de la República, cuando la autoridad competente es la Procuraduría capitalina. Tras varios trámites, la averiguación previa retornó al Fuero Común y, a más de tres años, aún no se resuelve sobre la responsabilidad de los funcionarios.

El expediente indica que durante la realización de un cateo en el interior del Reclusorio Oriente, custodios golpearon a internos como “castigo” por una falta o presunta falta. **Como resultado de la intervención de la CDHDF, se declaró responsables a Leonel Sánchez Concha, Miguel Ángel Arce Orozco, Herón Tiol Olivares, Santiago Hernández Robles y Daniel Guevara Montiel.** La investigación continúa.

Apéndice n° 9

ESTRUCTURA ORGÁNICO FUNCIONAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR



